فہرس المجلد الثانی من فتح القدیر

صفحہ	مطلب
۲	کتاب النکاح۔
۱۹	فصل فی انکاح المحرمات
۴۰	باب نکاح الاولیاء والاکفاء۔
۵۸	فصل فی الکفاءۃ۔
۶۵	فصل فی الوکالۃ۔
۷۱	باب المہر۔
۱۰۶	فصل فی احکام نکاح الکفار۔
۱۰۸	باب نکاح الرقیق۔
۱۱۹	باب نکاح اہل الشرک۔
۱۲۸	باب القسم
۱۳۲	کتاب الرضاع۔
۱۴۴	کتاب الطلاق بالطلاق السنۃ۔
۱۵۶	فصل
۱۶۰	باب ایقاع الطلاق۔
۱۷۲	فصل فی اضافۃ الطلاق الی الزمان۔
۱۷۹	فصل فی اضافۃ الطلاق الی المکان۔
۱۸۳	فصل فی تشبیہ الطلاق ووصفہ۔
۱۸۶	فصل فی الطلاق قبل الدخول۔
۱۹۸	باب تفویض الطلاق وفصل فی الاختیار۔
۲۰۴	فصل فی الامر بالید۔
۲۰۸	فصل فی المشیۃ۔
۲۱۶	باب الایمان فی الطلاق۔
۲۲۷	فصل فی الاستثناء۔
۲۳۴	باب طلاق المریض
۲۴۱	باب الرجعۃ۔
۲۴۹	فصل فی ما تحل بہ المطلقۃ۔
۲۵۵	باب الایلاء۔
۲۶۸	باب الخلع۔
۲۹۱	باب الظہار۔
۲۹۸	فصل فی کفارۃ الظہار۔
۳۰۶	باب اللعان۔
۳۱۸	باب العنین وغیرہ۔
۳۲۴	باب العدۃ۔
۳۴۱	فصل فی الاحداد۔
۳۴۸	باب ثبوت النسب۔

صفحہ	مطلب
۳۵۶	باب حضانۃ الولد۔
۳۶۱	فصل
۳۶۳	باب النفقۃ۔
۳۷۳	فصل فی نفقۃ الزوجۃ علی الغائب
۳۷۷	فصل فی نفقۃ المطلقۃ۔
۳۸۱	فصل فی نفقۃ الاولاد والصغار۔
۳۸۳	فصل فی من یجب لہ النفقۃ ومن لا یجب۔
۳۸۸	فصل فی نفقۃ المملوک۔
۳۹۰	کتاب العتاق۔
۴۰۰	فصل فی عتق المحرم۔
۴۰۵	باب عتق البعض۔
۴۲۲	باب عتق احد الشریکین۔
۴۳۵	باب الحلف بالعتق
۴۳۹	باب التعلیق علی الحمل۔
۴۴۷	باب التدبیر۔
۴۵۴	باب الاستیلاد۔
۴۷۲	کتاب الایمان۔
۴۷۶	باب ما یکون یمینا وما لا یکون۔
۴۸۵	فصل فی الکفارۃ۔
۴۹۹	باب الیمین فی الدخول والسکنی
۵۰۱	باب الیمین فی الخروج وغیرہ۔
۵۰۶	باب الیمین فی الاکل والشرب۔
۵۲۳	باب الیمین فی الکلام۔
۵۳۰	فصل فی ما یتعلق بالزمان۔
۵۴۵	باب الیمین فی العتق والطلاق۔
	باب الیمین فی البیع والشراء والتزویج وغیرذلک
۵۴۸	باب الیمین فی الحج والصلوۃ والصوم۔
۵۵۰	باب الیمین فی لبس الثیاب والحلی۔
۵۵۲	باب الیمین فی القتل وغیرہا۔
۵۵۵	باب الیمین فی تقاضی الدراہم۔
۵۶۱	مسائل متفرقۃ۔
۵۶۴	کتاب الحدود
۵۶۳	فصل فی کیفیۃ الحد واقامتہ۔
۵۸۶	باب الوطی الذی یوجب الحد والذی لا یوجب
۶۰۳	باب الشہادۃ علی الزنا۔

صفحہ	مطلب
۶۱۶	باب حد الشرب۔
	باب حد القذف۔
۶۱۹	فصل فی التعزیر۔
۶۴۹	کتاب السرقۃ۔
۶۵۴	باب ما یقطع فیہ وما لا یقطع۔
۶۶۴	فصل فی الحرز والاخذ منہ۔
۶۷۱	فصل فی کیفیۃ القطع واثباتہ۔
۶۸۲	باب ما یحدث السارق فی السرقۃ۔
۶۸۴	باب قطع الطریق
۶۹۱	کتاب السیر
۶۹۶	باب کیفیۃ القتال۔
۷۰۲	باب الموادعۃ۔
۷۰۷	فصل احکام الامان۔
۷۱۰	باب الغنائم وقسمتہا۔
۷۲۲	فصل فی کیفیۃ القسمۃ۔
۷۳۳	فصل فی التنفیل۔
۷۳۶	باب استیلاء الکفار
۷۴۳	باب المستامن۔
۷۴۶	فصل فی حکم المستامن۔
۷۵۰	باب العشر والخراج۔
۷۵۷	باب الجزیۃ۔
۷۶۳	فصل فی ما یبنی للذمی۔
۷۶۶	فصل فی نصاری بنی تغلب ومصارف بیت المال
۷۶۸	باب احکام المرتدین۔
۷۸۴	باب البغاۃ۔
۷۹۰	کتاب اللقیط۔
۷۹۵	کتاب اللقطۃ۔
۸۰۲	کتاب الاباق۔
۸۰۶	کتاب المفقود۔
۸۱۱	کتاب الشرکۃ۔
۸۱۹	فصل فی لا ینعقد الشرکۃ الا بالدراہم وغیرہ
۸۲۹	فصل فی الشرکۃ الفاسدۃ۔
۸۳۱	فصل فی ما ینبغی للشریکین۔
۸۳۲	کتاب الوقف
۸۵۰	فصل فی وقف المسجد۔
۸۵۵	الفصل الاول فی المتولی۔
۸۵۶	الفصل الثانی فی الموقوف علیہ

فہرست کتب دینیہ سنت و جماعت موجودہ بمطبع

نحمدہ و نصلی بر خواطر دریا مقاطر ارباب الباب مخفی مباد کہ فہرست کتب موجودہ کا جناب دادہ اخبار اگرچہ بذریعہ فہرستہای جدا گانہ پیوستہ است فہرستہای پذیرد دیگر مناسب وقت چیزہا می نمایا کہ اسامی بعضی کتب دینیہ سنت و جماعت از فقہ و اصول و تفسیر و کلام و حدیث کہ مناسبت تام باین کتاب داشتہ باشد اخبار اطلاع علماء و حکما و شائقین و ماہرین این علوم کہ اطلاع موجود و نشر او در بعد فیہ باشد نقل نمودہ میشود و آن اینست

کتب فقہ عربی و اصول فقہ

فتاوای عالمگیری تمام و کمال
شرح الیاس شرح مختصر الوقایہ
ہدایہ شریف کامل مع ترجمہ فارسی
ہدیۃ المختار شرح رسالہ عضدیہ
احیاء العلوم عربی ہر چہار جلد
مختصر الوقایہ
جامع الرموز
شرح وقایہ محشی بحواشی مختلفہ
شرح وقایہ مع چلپی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریفیہ شرح سراجیہ
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعۂ تصحیح و توضیح
و تلویح و چلپی
شیخ الاسلام حاشیۃ تلویح
ملا خسرو حاشیۃ تلویح
کفایہ حاشیہ ہدایہ مع ہدایہ محشی بحواشی مختلفہ
عینی شرح ہدایہ تمام و کامل

کتب فقہ فارسی و اردو

ترجمہ اردو درمختار ہر چہار جلد
حقیقۃ الصلوٰۃ
سبیل الجنان
فتاوای برہنہ تمام و کامل
مالابد منہ فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
بذائق العارفین ترجمہ احیاء العلوم کامل
شرح وقایہ فارسی
نور الہدایہ ترجمہ اردو شرح وقایہ
ترجمہ اردو کنز الدقائق
حج الحج مسمی بغایۃ المقصود
فتاوای امیر الحق
رسالہ فرائض
مسلک المتقین
عمدۃ البضاعت فی مسائل الرضاعت
تذکرۃ الجمعہ
احکام العیدین
موضح الحق
ہزار مسئلہ
شرع محمدی
رسالہ کلید باب الحج
سراج السالکین
فضائل المشہور والایام
حیرت الفقہ
ضمان الفردوس

کتب تفسیر و مثل آن

تفسیر کشاف
خلاصۃ الکشاف
بیضاوی شریف
تفسیر اتقان
تفسیر جلیل القدر سراج المنیر
ملا لین حاشیہ جلالین
جواہر القرآن مترجم
مجموعہ زینت القاری
تفسیر سورہ یوسف منظوم
تفسیر زاد الاخرت
تفسیر حسینی تمام و کامل
تفسیر سورہ فاتحہ
رموز القرآن
فضائل القرآن
تفسیر التفاسیر فی تحریر الانوار
میزان الفرقان

کتب احادیث و اوراد

قسطلانی شریف سرخ صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شریف
شرح حصن حصین
محربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرؤیا
تحفۃ الاخیار ترجمہ مشارق الانوار
سنن ابی داؤد
اوراد نقشبندی
سید الاوراد
ترجمہ محربات دیربی
ترجمہ تعبیر الرویا مسمی بتاویل المنام
مصباح الہدایت ترجمہ عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر ہدایت ترجمہ کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
بحر العلوم رح
انوار محمدی
تحقیق الانساب

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع المجلد الثاني من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهره على الانوار البهيه الكاشف لمعضلات

الهدايه الحاوي لمسائل الفقه الحنفيه المستجمع لحقائق الروايه والمتكمل لدقائق الدرايه المشتهر

باب الفتح والسداد

مع متنه

الهداية والزاد

(بقاش)

للعلامة النحرير امام العلماء السيد الفقهاء اكمل الكملاء في الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام

اسكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح الفاضل العريف العلام مولانا محمد عظيم حسين الخيرآبادي حفظه الله ذو الايادي

في المطبع المتنامي مطبوعة الى نولكشور الواقع في لكهنؤ

في مطبع البديع الدائم المرعى مشى فرق في مصر

محمد مرتضى المصري

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين

كتاب النكاح هو اقرب الى العبادات حتى ان الاشتغال به افضل من التخلي عنه لمحض العبادة على ما بين ان شاء الله تعالى فلذا اولاه العبادات والجهاد وان كان عبادة الا ان النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فانه سبب لوجود المسلم والاسلام والجهاد سبب لوجود المسلم فقط كذا قيل والحق ان الجهاد ايضا سبب لهما اذ نقل الموصوف من صفة الى صفة اعني من الكفر الى الاسلام يصح قولنا انه سبب لوجود المسلم والاسلام فالحق اشتراكهما في ذلك لكن لا نسبة بينهما في تحصيل ذلك فان ما يحصل بانكحة افراد المسلمين منه اضعاف ما يحصل بالقتال اذ الغالب حصول القتل به او الذمة دون اسلام اهل الدار فقدم للاكثرية في ذلك وما من ولي العبادات البيوع فنظر الى بساطته بالنسبة الى النكاح باعتبار تحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح وليس احد يعجز في ابدا وتقديم معنى على معنى فان كل معنى له خصوصية ليست في الآخر فالمقدم يعتبر ما لم قدره يسكت عما لم اخره والعاكس يعكس ذلك النظر وانما ابدا وجه اولوية تقديم هذا على ذلك هو التحقيق وهو يستدعي النظر بين الخصوصيتين ايهما يقتضي اكثر اقتضاء للتقديم وقد يفضي الى تكثير جهات كلو احد وخصوصياته يستدعي تطويلا مع قلة الجدوى فالاقتصار في ذلك دخل في طريق اهل العلم والتحصيل فلا بد من تحصيل زيادة البصيرة فيما نشرع فيه من تقديم تحصيل الامر الاول مفهومه لغة قيل هو مشترك بين الوطي والعقد اشتراكا لفظيا وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطي وقيل بالعكس وعليه مشائخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بانه حقيقة في الضم ولا منافاة بين كلاميهم لان الوطي من افراد الضم والموضوع للاعم حقيقة في كل من افراده كانسان في زيد لا يعرف القدماء غير هذا الى ان حدث التفصيل بين ان يراد به خصوص الشخص يعني يجعل خصوص عوارضه المشخصة مرادا مع المعنى الاعم بلفظ الاعم فيكون مجازا والا فحقيقة وكان هذه الارادة قل ما تخطر عند الاطلاق حتى تركل الاقدمون تقديره ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد يا انسان يا من يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ اكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوي حقيقة فيهما واعلم ان المتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني في الوطي قوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح اي من وطي حلال لا من وطي حرام وقوله يحل للرجل من امرأته الحائض كل شيء الا النكاح وقول الشاعر ومن ايم قد نكحتها رماحنا واخرى على خال وعم تلهف وقوله ومنكوحة غير مهيرة وقول الآخر النازكين على ظهر نسائهم والناكحين بشطئ دجلة البقر اورد في العقد قول الاعشى ولا تقربن جارة ان سرها عليك حرام فانكحن او تابدا اورد في المعنى الاعم قول القائل ضمت الى

يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه

صدري متعلق بصدرها كما تحكم امام الغلام صبيها اي ضمتها وقول ابي الطيب ٥ انكحت صم حصاها خف بعيلة تعشرت بي البيك السهل والجبلاء اي ضمته فدعى الاشتراك اللفظي يقول بتحقق الاستعمال والاصل الحقيقة والثاني يقول كونه مجازا في احدهما حقيقة في الآخر حيث لكن اولى من الاشتراك ثم يدعي تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح دون الوطي ويحيل فهم الوطي حيث فهم على القرينة ففي الحديث الاول هي عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد وانكان الولادة بالذات بين الوطي و في الحديث الثاني اضافة المرأة الى ضمير الرجل فان امرأته هي المعقود عليها فيلزم ارادة الوطي من النكاح المستفاد والافسد المعنى اذ يصير يحل من المعقود عليها كل شيء الا العقد وفي الابيات الاضافة الى البقر وفي المهر والاسناد الى الرباح اذ يستفاد ان المراد وطي البقر والمهبيات فالجواب منع تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك في المفهوم الشرعي للفقهي ولا نسلم ان فهم الوطي فيما ذكر مستند الى القرينة وان كانت موجودة اذ وجود قرينة تؤيد ارادة المعنى الحقيقي مما يثبت مع ارادة الحقيقة فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازيا بل المعتبر تجريد النظر الى القرينة ان عرف انه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز والافلا ونحن في هذه المواد المذكورة نقسم الوطي قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وان كان مقرونا بما اذا نظر فيه استدعى ارادة ذلك المعنى الا يرى ان ما ادعوا فيه الشهادة على انه حقيقة في العقد مجاز في الوطي من بيت الاعشى فيه قرينة تفيد العقد ايضا فان قوله فلا تقربن جارة منى عن الزنا بدليل ان سرها عليك حرام فيلزم ان قوله فانكح ام ربة العقد اى فتزوج ان كان الزنى عليك حرام او تبادى لوحش اى كن كالوحش بالنسبة الى الادميات فلا تكن منك قربان لهن كما لا يقربن وحشي ولم يمنع ذلك ان يكون اللفظ في العقد حقيقة عندهم في هذا البيت اذ هم لا يقولون بانه مجاز في هذا البيت واما ادعاء انه في الحديث للعقد فيستلزم التجوز في نسبة الولادة اليه لان العقد انما هو سبب السبب ففيه دعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجح ولو كانا سواء فتكليف والاتعب كونه في الوطي يتحقق لتقابل بنيه وبين السفاح اذ يصير المعنى من وطي حلال لا وطي حرام فيكون على خاص من الوطي والدال على الخصوصية لفظ السفاح ايضا فثبت الى هنا انا لم نرده على ثبوت مجرد الاستعمال شيئا يجب اعتباره وقد علم ثبوت الاستعمال ايضا في الضم فباعتباره حقيقة فيه يكون مشتركا معنويا من افراده الوطي والعقد ان اعتبر الضم اعم من ضم الجسم الى الجسم والقول او الوطي فقط فيكون مجازا في العقد لانه اذا دار بين المجاز والاشتراك اللفظي كان المجاز اولى ما لم يثبت صريحا خلافه ولم يثبت نقل ذلك بل قال النقل المبرد عن البصريين وغلام ثعلب الشيخ ابو عمر الزاهد عن الكوفيين انه الجمع والضم ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالاجسام لا الاقوال لانها اعراض يتلاشى الاول منها قبل وجود الثاني فلا يصادف الثاني ما ينضم اليه فوجب كونه مجازا في العقد ثم افراد الضم تختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكل الامر الثاني مفهومه اصطلاحا وهو عقد وضع لتملك المتعة بالانثى قصدا والقيد الاخير لاخراج شراء الامة للتسري والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له والاورد عليه ان المقصود من الشراء قد لا يكون الا المتعة واعلم ان من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعا ويجب ان يراد عرف اهل الشرع وهو المعنى الاصطلاحي الذي عبرنا به لان الشارع نقله فانه لم يثبت وانما تكلم به الشارع على وفق اللغة فلذا حيث ورد في الكتاب والسنة مجردا عن القرائن يحمله على الوطي كما في ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم حتى اثبتوا بها حرمة من زنى بها على الابن وقول قاضي خان انه في اللغة والشرع حقيقة في الوطي مجاز في العقد وقول صاحب المحتبى هو في عرف الفقهاء العقد يوافق بانيا والمراد بالعقد مطلقا كان كلاما او غيره مجموع ايجاب احد المتكلمين مع قبول الآخر سواء كان باللفظين المشهورين من زوجت وتزوجت او غيرهما مما سنذكره او كلام الواحد القائم مقامهما على المتولي الطرفين وقول لورشكي انه معنى يحل المحل فيغيره بحال المحل اذ زوجت وتزوجت آلة انعقاده اطلاق له على حكمه فان المعنى الذي تغيره بحال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد وقد صرح باخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور الامر الثالث سبب شرعية تعلق البقاء المقدر في العلم

ان شاء الله ويعقده بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال

الازلى على الوجه الاكمل والافيمكن تقارن النوع بالوطى على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظالم والسفك الضياع الانساب بخلافه على الوجه المشروع الامر الرابع شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر واما المحلية فمن الشروط العامة وتختلف بحسب الاشياء والاحكام كمحلية المبيع للبيع والانثى للنكاح الامر الخامس شرطه الذى لايخصه الاهلية بالعقل والبلوغ وينبغى ان يراد فى الولى لافى الزوج والزوجة ولافى متولى العقد فان تزويج الصغير والصغيرة جائز وتوكيل الصبى الذى يعقل العقد ويقصده جائز عندنا فى البيع فصحته ههنا اولى لانه محض سفير واما الحرية فشرط النفاذ بلا اذن احد الامر السادس

ركنه وهو الجنس المقيد فى التعريف الامر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الحد المأذون فيه شرعا فخرج الوطى فى الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل منهما على الآخر بعض الاشياء مما سيرد فى اثناء الكتاب الامر الثامن صفته فامافى حال التوقان قال بعضهم هو واجب بالاجماع لانه يغلب على الظن او يخاف الوقوع فى الحرام وفى النهاية ان كان له خوف وقوع الزنا بحيث لايتمكن من التحرز الابه كان فرضا انتهى ويمكن الحمل على اختلاف المراد فانه قيد الخوف الواقع سببا للافتراض بكونه بحيث لايتمكن من التحرز الابه ولم يقيد به فى العبارة الاولى وليس الخوف مطلقا يستلزم بلوغه الى عدم التمكن فليكن عند ذلك المبلغ فرضا والا فواجب هذا مالم يعارضه خوف الجور فان عارضه كره قيل لان النكاح انما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذى يعبد الله تعالى والذى يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد وقضيته الحرمة الا ان النصوص لايفصل فقلنا بالشبهين انتهى وينبغى تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا فان بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح حرم والاكره كراهة تحريم والله اعلم وفى البدائع قيد الافتراض فى التوقان بهلاك المهر والنفقة فان من نافت نفسه بحيث لايمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم وصرح قبله بالافتراض فى حالة التوقان واما فى حالة الاعتدال فذهبوا وذهب اتباعه من اهل الظاهر على انه فرض عين على القادر على الوطى والانفاق تمسكا بقوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء وقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن خالد الك امرأة قال لا قال تزوج فانك من اخوان الشياطين وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تناسلوا فانى مكاثر بكم الامم واختلف مشايخنا فقيل فرض كفاية للدليل الاول والآخر وتعليق الحكم بالعام لاينفى كونه على الكفاية لان الوجوب فى الكفاية على الكل والمعرف لكونه ليسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعيته فان كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية وقد عقلنا ان المقصود من الايجاب تكثير المسلمين بالطريق الشرعى وعدم انقطاعهم ولذا صرح بالعلة حيث قال صلى الله عليه وسلم تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم الامم رواه ابوداود وهذا حاصل بفعل البعض واما حديث عكاف فايجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق فى حقه وقيل واجب على الكفاية لما ان الثابت بخبر الواحد الظن والاية لم تسق الا لبيان العدد المحلل على ماعرف فى الاصول وقيل مستحب وقيل سنة مؤكدة وهو الاصح وهو محمل قول من اطلق استحبابه وكثيرا مايأتى اهل فى اطلاق المستحب على السنة وينقل عن الشافعى رحمه الله انه مباح فان التجرد للعبادة افضل منه وحقيقة افضل ينبغى كونه مباحا اذ لافضل فى المباح والحق انه اقترن بنية كان ذا فضل والتجرد عنده افضل لقوله تعالى وسيدا وحصورا مدح يحيى عليه السلام لعدم اتيان النساء مع القدرة عليه لان هذا معنى الحصور وح فاذا استدل عليه بمثل قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر رواه ابن ماجة وبقوله صلى الله عليه وسلم اربع من سنن المرسلين الحياء والتعطر والسواك والنكاح رواه الترمذى وقال حديث حسن غريب وبقوله صلى الله عليه وسلم اربع من اعطين فقد اعطى خير الدنيا والآخرة قلبا شاكرا ولسانا ذاكرا وبدنا على البلاء صابرا وزوجة لاتبغيه حوبا فى نفسها ولا ماله رواه الطبرانى فى الكبير والاوسط واسناد احدهما جيد ان يقول فى الجواب لانكر الفضيلة مع حسن النية وانما اقول التخلى للعبادة افضل فالاولى فى جوابه التمسك بحال صلى الله عليه وسلم فى نفسه وردّه على من اراد

الشافعي رحمه لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة

من امته التحلي للعبادة فانه صريح في عين المتنازع فيه وهو ما في الصحيحين ان نفرا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم سألوا ازواجه عن عمله في السر فقال بعضهم لا اتزوج النساء وقال بعضهم لا اكل اللحم وقال بعضهم لا انام على فراش فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله واثنى عليه وقال ما بال اقوام قالوا كذا لكني اصلي وانام واصوم وافطر واتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني فرد هذا الحال رد مؤكدا حتى تبرأ منه وبالجملة لا افضلية في الاتباع لا فيما تخيل النفس انه افضل نظرا الى ظاهر عبادة وتوجه ولكن الله عز وجل يرضى لاشرف انبيائه الا بما شرف الاحوال وكان حاله الى الوفاة النكاح فيستحيل ان يقرره على ترك الافضل بالنسبة حياته وحال يحيى بن ذكريا عليه السلام كان افضل في تلك الشريعة وقد نسخت الرهبانية في ملتنا ولو تعارضا قدم التمسك بحال النبي صلى الله عليه وسلم وعن ابن عباس رضي الله عنه تزوجوا فان خير هذه الامة اكثرها نساء ومن تامل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الاخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل في معاشرة ابنا النوع وتربية الولد والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الاقارب والمستضعفين واعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقتير عنهن بحسن الكفاية من مؤنسب الخروج ثم للاشتغال بتاديب نفس وتاهيلها للمقصود به ويكون هي سببا ايضا لتاهيل غيرها وامرها بالصلوة فان هذه الفرائض كثيرة لم يكد يقف على الجزم بانه افضل من التخلي بخلاف ما اذا عارضه خوف الجور اذ الكلام ليس الا في الاعتدال مع اداء الفرائض والسنة وذكرنا انه لم يقترن به بنية كان مباحا عنده لان المقصود منه تحصيل مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه واقول بل فيه فضل من جهة انه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع فالعدول اليه مع العلم بانه يستلزم اثما لا فيه قصد ترك المعصية وعليه ثوابه وعدل الغني من الله تعالى الاستحسان حالته قال صلى الله عليه وسلم ثلثة حق على الله عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف صححه الترمذي والحاكم اما اذا لم تتزوج المراة الا لغرضها او ما لها او حسبها فهو ممنوع شرعا قال صلى الله عليه وسلم من تزوج امراة لعزها لم يزده الله الا ذلا ومن تزوجها لمالها لم يزده الله الا فقرا ومن تزوجها لحسبها لم يزد الله الا دناءة ومن تزوج امراة لم يزدها الا ان يغض بصره ويحصن فرجه او يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه رواه الطبراني في الاوسط وقال صلى الله عليه وسلم لا تتزوجوا النساء لحسنهن ان يردينهن ولا تتزوجوهن لاموالهن عسى اموالهن ان يطغينهن ولكن تزوجوهن على الدين ولامة خرماء سوداء ذات دين افضل رواه ابن ماجه من طريق عبد الرحمن بن انعم وعن معقل بن يسار رضي الله عنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اصبت امراة ذات حسب ومنصب ومال الا انها لا تلد افترجها فنهاه ثم اتاه الثانية فقال له مثل ذلك ثم اتاه الثالثة فقال تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم رواه ابو داود والنسائي والحاكم وصححه فهذا يستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لانه عبادة وكونه في يوم الجمعة واختلفوا في كراهة الزفاف والختان لا يكره اذا لم يشتمل على مفسدة دينية وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف وفي البخاري عنها قالت زفت امراة الى رجل من الانصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا عائشة ما كان معكم لهو فان الانصار يعجبهم اللهو وروى الترمذي والنسائي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت وقال الفقهاء المراد بالدف ما لا اجلاجل له والله سبحانه وتعالى اعلم

النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قدمنا ان النكاح في عرف الفقهاء التقصد وهذا بيان لان هذا العقد بما يثبت انعقاده حتى يتم عقدا مستعقبا للاحكام فلذا قال في قوله النكاح ينعقد بمعنى العقدي ذلك العقد الخاص ينعقد حتى يتم حقيقته في الوجود بالايجاب والقبول والانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالاخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستتبع الاحكام وذلك بوقوع الثاني جوابا معتبرا محققا العرض الكلام السابق ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه والكلام ان جعلا الايجاب القبول فما قيل في تعريف الايجاب انه اصدار الصيغة المصالحة لافادة ذلك العقد مع انه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور

قبله ولا يجاز اعتبره كان التزويج للتمليك والنكاح للضم ولا ضرورة ان ذواج

بل الايجاب هو نفس الصيغة الصالحة لذلك لافادة تقيد كونها اولا والقبول هي يقيد وقوعها ثانيا من اي جانب كان كل منهما فاذكر من الدراية وغيرها من قوله لو قدم القبول على الايجاب بان قال تزوجت بنتك فقال زوجتكها ينعقد به صحيح في الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول بل لا تصور تقديمه لان ما تقدم هو الايجاب كما صرح به في النهاية هنا وصرح الكل بانه في البيع وكان الحامل على جعل الاصدار وصل قوله بلفظين بقولنا الايجاب القبول فافاد انهما لفظان خلافيهما والحق ما اعلمتك ووصلها ابدال وبيان يدفع به ما قد يتوهم من ان المعرف معنى الايجاب والقبول في العرف فيعلم المفيد فابدل منه لتخرج الكتابة فلو كتبا الايجاب والقبول لا ينعقد والمراد باللفظين ما هو اعم من الحقيقة والحكم فليدخل متعاقبا الطرفين او ما يخصص من الحقيقة وليس هذا بايجاب الاخبار المسوق بعضها على بعض لافادة ما يتم به العقد فقال ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وينعقد بلفظين احدهما مستقبل لانه توكيل او الواحد متعاقبا طرفي النكاح فينعقد بكلامه وحده كما ينعقد بكلام اثنين ولا اشكال في شيء من هذا وعرف من تعريف الايجاب والقبول بانهما اللفظان الصالحان لافادة ذلك انعقد عدم الاختصاص بالعربية وعدم لزوم ذكر المفعولين او احدهما بعد دلالة المقام والمقدمات لان الحذف لدليل جائز في كل لسان وعدم لزوم لفظ النكاح والتزويج فمن هذا قلنا اذا قالت زوجتك نفسي فقال قبلت او قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان الفاعل سفيرا ولا مفعول فلم يضف الى الموكل نفذ عليه في التحنيس رجل خطب لابنه الصغير امرأة فلما اجتمعا للعقد قال ابو المرأة لاب الزوج زوجت ابنتي هذه ابنك فقال اب الزوج قبلت هذا

بين المالك والمملوك اظهر ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة

فقال زوجتك انعقد وسنه كوني مراتي ينعقد اذا قبلت وفي النوازل زوجي نفسك مني فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح عند ان المصر جعل الصفة بمعنى انه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب وصرح غيره بانها نفسها الايجاب فيكون قايما بهما في فتاوى قاضيخان قال ولفظ الامر في النكاح ايجاب وكذا في الطلاق اذا قالت طلقني على الف فطلق كان تاما وكذا في الخلع وكذا لو قال لغيره اكفل لي بنفس فلان هذا او بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة وكذا لو قال بعت لي عبدك فقال بعت في مسائل اخر ذكرها وبهذا احسن لان الايجاب ليس الا اللفظ المفيد قصد تحقيق المعنى اولا وهو صادق على لفظة الامر فليكن ايجابا ويستغنى عنه او رد على تقرير الكتاب من انه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس وجوابه بانه في ضمن الامر بالفعل فيكون قبوله تحصيل الفعل في المجلس والظاهر انه لابد من اعتباره توكيلا والا ففي طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم قبوله البيع كذا فيقبول بعت بلا جواب ازخواجه ماذكره المصنف في البيع بانه توكيل والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح فصح دون البيع وصح فتمام العقد قائم بالمجيب فلا يصح قوله ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل فلذا اهمل المثال الصحيح اتزوجك بالف فيقول قبلت على ارادة الحال وعرف من هذا ان شرط القبول في النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعي رح وقد يوهم ما ذكر في المتن قال زوجتك بالف فسكت الخاطب فقال الصهر رفع المهر قال نعم فهو قبول وقيل لا الا فيه خلافا وان كان المختار الصحة وقد يكون منشاؤه من جهة انه كان منصفا بكونه خاطبا فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا في رجوعه فيحكم به ولا فقوله نعم بعده لا يفيده بمفرده لان الفور شرط مطلقا والله سبحانه اعلم وصورة اختلاف المجلس ان يوجب احدهما فيقوم الاخر قبل القبول او اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان الانعقاد وهو ارتباط احد الكلامين بالآخر باختلاف المجلس يتفرقان حقيقة وحكما فلو عقدا وهما يمشيان ويسيران على الدابة لا يجوز وان كانا في سفينة سائرة جاز وستعرف الفرق في البيع ان شاء الله تعالى فروع تزوج باسمهما الذي يتعرف به حتى لو كان لها اسمان اسم في صغرها وآخر في كبرها تزوج بالاخير لانها صارت معروفة به ولو كانت لها بنتان كبرى اسمها عايشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتي فاطمة وهو يريد عايشة فقبل انعقد على فاطمة ولو قال بنتي فاطمة الكبرى قالوا ايجابان لا ينعقد على احدهما ولو قال زوجت بنتي فلانة من ابنك فقبل وليس لها الا ابن واحد وبنت صح وان كان لها ابنان وابنان لا الا ان يسميا البنت والابن ولو زوج غائبه وكيل فان كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز وان لم يعرفونها فلا بد من ذكر اسمها واسم ابيها وجدها اما لو كانت حاضرة متنقبة فقال تزوجت هذه وقبلت جاز لانها صارت معروفة بالاشارة اما الغايبة فلا تعرف الا بالاسم والنسب وقيل يشترط في الحاضرة كشف النقاب وستذكر وجه عدمه في الوكالة بالنكاح ان شاء الله تعالى وكذا الحال في تسمية الزوج الغايب وفي التجنيس لو ابنه اسمها فاطمة فقال وقت العقد زوجتك بنتي فاطمة ولم تقع الاشارة الى شخصها لا يصح فان اشير اليها يقع العقد على المسمى وليس له ابنة بذلك الاسم وفي النوازل قال ابو بكر غنتي مشكل زوج من خنثى مشكل برضى الولي فلما كبر اذا الزوج امراة والمراة رجل جاز نكاحهما عندي لان قوله تزوجتك يستوي من الجانبين وفي صغيرين قال لاحدهما زوجت بنتي هذه من ابنك هذا وقبل ثم ظهرت الجارية غلاما والغلام جارية جاز كذلك ايضا وقال الصدر الشهيد لا يجوز وفي المنية زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين وفي التجنيس رجل قال لامراة بحضرة الشهود اتجعلك قالت المراة رضيت يكون نكاحا فانه نص في الجامع الكبير ولو قال للمطلقة ثلاثا بتا او ثلاثا ان راجعتك فعبدي حر تنصرف الرجعة الى النكاح لان الرجعة قد يراد بها الرجعة وقد يراد بها النكاح فينظر الى المحل والمحل ما لا يقبل الرجعة المعروفة فانصرف الى النكاح وسيأتي الكلام في الرجعة بلفظ النكاح في كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى

في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية

ثم قال وذكر في الاجناس لو طلق امرأة بائنا ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود فان هذا النكاح جائز وان لم يذكر المال فليس بنكاح الان يجتمعا ان اراد بذلك نكاحا فيتبين بهذا ان ما ذكر في الكتاب محمول على ما اذا ذكر المال واعلم ان الزوج اراد به النكاح انتهى وذكر في فتاوى قاضي خان عن بعضهم تفصيلا بين البائنة والاجنبية ففي البائنة يكون نكاحا وفي الاجنبية لا وسكت عليه وهو الاحسن فان التجوز بلفظ الرجعة في نكاح المطلقة لا يستلزم صحته في غير نكاح رجل وامرأة اقرا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هي امرأتي وانا زوجها او قالت هو زوجي وانا امرأته وقال الآخر نعم لا ينعقد النكاح بينهما لان الاقرار اظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت ولهذا لو اقر الانسان بمال كان مخبرا لا منشئا كذا لو قالا لا بل غيرناه اورضينا به بحضرة الشهود لا ينعقد بخلاف جعلناه ولو قال الشهود جعلتما هذا نكاحا وقالا نعم انعقد لانه ينعقد بلفظ الجعل حتى لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فقبل ثم قال اعطيتك الف على ان يكون امرأتي فقبلت ثم قال زوجتك فلانة متى يكذا فقال ادفعها واذهب بها حيث شئت لا ينعقد في التخيير لانه كالمضاف الى ما بعد الدفع ولا ينعقد المضاف لو قال زوجتكها غدا فقبل لا يصح لعدم صحة المعلق اولى وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل لو قال لمملوك نكاحا ولم يذكر خلاف قوله ويجوز النكاح المعلق اذا كان على امر مضى لانه معلوم للحال وعليه فرع مالو قال خطبت بنتك فلانة الي فلان فقال زوجتها من فلان قبل هذا فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها من فلان قبل فقد زوجتها منك وقبل الاب لا بحضرة الشهود ولم يكن زوجها من احدهما النكاح لان التعليق كائن للحال تحقيق وتنجيز واذا اضاف النكاح الى نصفها مثلا فيه روايتان والصحيح عدم الصحة كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في المبسوط في موضع جوازه كالطلاق قوله فيتحقق الخ حاصل الالفاظ المذكورة ههنا اربعة اقسام قسم لا خلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف في خارج المذهب وقسم فيه خلاف في المذهب والصحيح الانعقاد وقسم فيه خلاف والصحيح عدمه وقسم لا خلاف في عدم الانعقاد به والاوجه ان ترتب على هذا الترتيب ليلي كل قسم ما هو اقرب اليه وبهذا افعل المصر الافي لفظ الوصية القسم الاول ما سوى لفظي النكاح والتزوج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل نحو جعلت بنتي لك بالف خلافا للشافعي وجوازه عندنا بطريق المجاز فان المجاز كما يجري في الالفاظ اللغوية تجري في الالفاظ الشرعية وانما الكلام في تحقيق طريقه ههنا فعنده الشافعي رده بناء على انه ما يجوز التجوز اما اجمالا فلانه وجد لصحة ان يتجوز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال انكحتك هذا الثوب مرادا به ملكتك كما يقال ملكتك نفسي بنتي مرادا به انكحتك وليس فليس واما تفصيلا فلان التزويج هو التأليف وضعا والنكاح للضم والضم والازدواج بين المالك والمملوكة ولذا ليس النكاح عند رد ملك احد الزوجين على الآخر ولو كان لما نافيا تأكد به وان صح هذا الوجه عنه كان معتبرا بانه لغة على خلاف ما تقدم فضلا عنه من انه العقد الا ان يعني فيما تقدم اعني في لسان الشرع بناء على النقل ونقول ان التمليك اي معناه الحقيقي سبب الملك المتعة في محلها بواسطة كونه سبب ملك الرقبة وملك المتعة في محلها هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز واما عدم جواز استعارة النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرع منه في الاصول من انه لا يجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا الا اذا كان المقصود من شرعية السبب شرعية كالبيع لملك الرقبة وليس ملك المتعة الذي هو موجب النكاح هو المقصود من التمليك بل ملك الرقبة والجواب عن الثاني منع انه لا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك قوله والا لما فسد النكاح الخ قلنا فساده للزوم المنافاة بين كون احدهما مالكا لكل الآخر وكون ذلك الآخر كالكا بحكم الزوجية لبعض ما يملكه عليه ذلك بحكم ملك الرقبة على ما يتبين ان شاء الله تعالى في فصل المحرمات لعدم الرضا بالازدواج ولنا في رد الفضا كما خص النكاح باشتراط الشهادة اظهارا لخطره خص بالفظين النكاح والتزويج لدلالتهما ولم يرد غيرهما شرعا والجواب منعهما بل قد ورد بلفظ الهبة فلم يخص قال الله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي عطفا

طريق المجاز وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز

على المحللات في قوله تعالى انا احللنا لك ازواجك اللاتي اتيت اجورهن وما ملكت يمينك مما افاء الله عليك والاصل عدم الخصوصية حتى تقوم دليلها وقوله تعالى خالصة لك يرجع الى عدم المهر بقرينة اعقابه بالتعليل بنفي الحرج فان الحرج ليس في ترك اللفظ الى غيره خصوصا بالنسبة الى افصح العرب بل في لزوم المال وبقرينة وقوعه في مقابلة الموهبة اجورهن فصار الحاصل احللنا لك الازواج الموقى مهورهن والتي وهبت نفسها لك فتأخذ مهرا خالصة بهذه الخصلة لك من دون المؤمنين اما هم فقد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم من المهر وغيره وابدا صدر الشريعة جواز كونه متعلقا بما حللنا فيدل في احلال زوجته لا افادة عدم حل من لغيره صلى الله عليه وسلم وله ايضا ان الشهادة شرط في النكاح والكناية فيها لابد من النية ولا اطلاع للشهود قال في شرح الكنز قلنا ليست بشرط مع ذكر المهر وذكر السرخسي انها ليست بشرط مطلقا لعدم اللبس كقولهم للشجاع اسد بكما اذا حلف لا ياكل من هذه النخلة ينصرف الى المجاز من غير نية ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق احتمال انتهى ويشكل بان الحكم بالمجاز ليست على العموم احدهما قرينة تدل على ارادة غير ذلك المعنى المجازي ولذا لو طلب من امرأة فقالت وهبت نفسي منك وقيل لا ينعقد والآخر وجود قرينة تفيد المجازي ولذا قال لو البنت وهبت بنتي منك لتحدك وقيل لا ينعقد بذا في الحكم به امافي جواز التجوز فقط فالشرط مع الاول الارادة لاقترانها وذلك لان اعتبار ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ لان نسبته اليه كنسبته الى غيره فالمخصص لمعنى معين دون غيره ليس الا علاقة وضعه له او ارادة ما بينه وبين ما وضع له معنى مشترك بنسبة اعتبار نوعه عن الواضع في الاستعمال فيه والارادة لازمة في المحلين غير ان الحكم من السامع بارادة المتكلم المعنى الحقيقي لا يفتقر الى نصب قرينة تفيد ارادته بل يكفي عدم قرينة تصرف عنه وبهذا يقال الكلام بحقيقته سالم يقوم الدليل على مجاز بخلاف حكم بارادة ما لم يوضع له حيث يفتقر الى دليل ارادته فان لم يكن فلابد من علم الشهود بمراده بان اعلمهم به ولذا قال في الدراية في تصوير الانعقاد بلفظ الاجارة عند من يجيزه ان يقول اجرت بيتي ونوى به النكاح وعلم الشهود انتهى بخلاف ما اذا قال بعتك بيتي بحضرة الشهود فان عدم القبول لمحل للمعنى الحقيقي وهو الحرية للبيع يوجب الحمل على المجازي بلو بقرينة فيكفي بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها امة احتج الى قرينة زائدة في البديع لو قال لرجل وهبت امتي منك فان كان الحال حال على النكاح من احضار الشهود وتسمية المهر موجلا او معجلا ينصرف الى النكاح وان لم يكن الحال تدل على النكاح فان نوى صدقه الموهوب له فكذلك وان لم ينو ينصرف الى ملك الرقبة انتهى والظاهر انه اذا لم يدل الحال فلابد مع النية من اعلام الشهود كما قدمناه لانه لابد من فهمها المراد على المختار على ما سنذكره وقد رجح شمس الائمة الى التحقيق حيث قال ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق احتمال ولا يخفى عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم اشتراط او عدم اللبس انما يصلح لتعليل دعوى ظهورها فيهما واما الحالف لا ياكل من هذه النخلة فمحكوم عليه بارادة المجازي نظرا للتعذر الحقيقي وكونه متكلما واما الهازل فمريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم نعم قد يقال في عقد الملجئ يتعين لفظ الحقيقة بناء على كون الالجاء قرينة تصرف عن ارادة المعنى المجازي فتعرضه ليس الا التخاص وذلك باجراء اللفظ فقط او مريدا حقيقته للتخاص هي متعذرة اذ لا تصح هبته الحرة ويبعها والذي اقيم مقام المعنى في قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة هو الحقيقة دون المجاز والله اعلم وأورد كيف ينعقد بالهبة ويقع الفرقة اذا نوى به الطلاق وهو سوال ساقط اما اولا فهو مشترك الالزام اذ يلزم مثله في الترويج فانه يقع به اذا نوى بقوله تزوجي والحل الهبة فيها علاقة السببية للملك فيجوز بها عن غيرها اذا اضاف الملك المتجوز عنه بالهبة اليها نفسها بقوله وهبت نفسك لك صح طلاقا وان اضافه الى الرجل صح نكاحا فظهر ان اختلاف الموجب في هذا اللفظ الواحد ليس الا لاختلاف الاضافة بل بنفس توجيه السوال يظهر صحة استعارتها للملك لعابر لملك الرقبة اذ لم يمنع الطلاق الا باعتبار استعارتها للقسم الثاني ما اختلفوا في الانعقاد به والصحيح الصحة وبخ بعت نفسي منك بكذا وبنتي واشتريتك بكذا فقالت نعم ينعقد قوله هو الصحيح احتراز عن قول ابي بكر الاعمش وقوله لوجود طريق المجاز تعليل للصحيح ووجهه ما قدمناه في تقرير التمليك واختلف بالانعقاد بلفظ السلام فقيل

ولا ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المنفعة ولا بلفظة التمليك

لان السلم في الحيوان لا يجوز وقيل ينعقد لانه ثبت به ملك الرقبة والمنقول عن ابي حنيفة رحمه ان كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم في الحيوان ينعقد لوقوع القبض منعقد الملك فاسدا لكن ليس كما ليفيد المعنى الحقيقي للفظ فيكون مجازا به لعدم لزوم اشتراك المعنى فيهما وفي لفظ الصرف في شرح الكنز فيه روايتان وفي البدائع قيل لا ينعقد لانه وضع لاثبات ملك الدراهم والدنانير التي لا تتعين والمعقود عليه يتعين وقيل ينعقد لانه ثبت به ملك العين في الجملة وظاهره ان هذا قولان وكان منشأهما الروايتان واما القرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به وقيل لا لانه في معنى الاعارة قيل الاول قياس قولهما والثاني قياس قول ابي يوسف بناء على ثبوت الملك في العين وعنده لا واما لفظ الصلح فذكر صاحب الاجناس انه لا ينعقد به وذكر شمس الائمة السرخسي في كتاب الصلح ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز القسم الثالث لا ينعقد بالاجارة والاعارة في الصحيح احترازا عن قول الكرخي وجه ان الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك وجه الصحيح على ما ذكروا انهما لا ينعقدان موقتة والنكاح الشرط فيه نفيه فلا يستعار احدهما للآخر وقد يقال ان كان المتضادان بهما العرضيان اللذان لا يجتمعان في محل واحد لزكم مثله في البيع لانه لا يجامع النكاح مع جواز العقد به والتحقيق ان الموقتة ليس جزء مفهوم لفظ الاجارة بل شرطا لاعتباره شرعا خارج عنه فهو مجرد تمليك المنافع لعوض غير انه وقع مجردا لا يعتبر شرعا على مثال الصلوة هي القيام المخصوص بلا طهارة لا تعتبر ولا يقال ان الطهارة جزء مفهوم الصلوة ولذا عدل المصنف عن التوجيه بهذا الى بقي السببية التي هي لعلاقة فان الاجارة ليست سببا للملك المتعة حتى تجوز بها عن النكاح ولهذا بطل بالاجارة وبهذا اذا جعلت المرأة مستأجرة اما اذا جعلت بدل الاجارة او راس مال السلم كان يقال تاجرت دارك بنتي بذا واسلمتها اليك في كر حنطة ينبغي ان لا يختلف في جوازه فانه اضاف اليها بلفظ يملك به الرقاب قال المصنف رحمه الله اضافة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت وعن الطحاوي ينعقد لانه يثبت به الرقبة في الجملة وعن الكرخي رحمه ان قيد الوصية بالحال بان قال اوصيت لك بنتي بذه الان ينعقد لانه به صار مجازا عن التمليك انتهى وينبغي ان لا يختلف في صحته ح فالحاصل انه اذا قيد بالحال يصح او بما بعد الموت بان قال اوصيت لك بابنتي بعد موتي لم يكن نكاحا ولو قال اوصيت لك بها ولم يزد فقيل لا يكون نكاحا وعن الطحاوي ينعقد ثم كون الاضافة الى ما بعد الموت بيان الواقع فيما لم يزل فيه والا فجزم الاضافة تستقل لعدم الصحة لو قال زوجتكها غدا لم يصح وحاصل الوجه ان الاضافة تاخوذ من مفهوم الوصية وعدمها في النكاح وقد ذاوا لا تجوز بلفظ احد القسمين عن الآخر بخلاف البيعة ليست جزء مفهوم لفظ الاضافة الى ما بعد القبض بل هي تمليك العين حالا ثم هو مؤتا خر فيما اذا كان الموهوب في يد الموهوب له لضعف سببيتها بسبب عدم العوض ولهذا لو كان في يد الواهب لم يملك بنفس اللفظ القسم الرابع لا ينعقد بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع لعدم تمليك المنفعة في كل منها فاستغنى الجامع وهو المشار اليه بقوله لما قلنا ولا ينعقد بلفظ الاجارة والخلع لاضمنا لفسخ عقد سابق فرع الاول كل لفظ لا ينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد ويجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ان دخل بها الثاني لو قالت المرأة زوجت نفسي بالعربية ولا تعلم معناه وقبل والشهود يعلمون ذلك او لا يعلمون صح كالطلاق قيل لا كالبيع كذا في الخلاصة ومثل هذا في جانب الرجل اذا قنته ولا يعلم معناه وهذه في جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع فالثلاثة الاول ذكر في الحكم ذكره في عتاق الاصل في باب التدبير واذا عرف الجواب فيها قال قاضيخان ينبغي ان يكون النكاح كذلك لان العلم بمضمون اللفظ انما يعتبر لاجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحوه واما في الخلع اذا قنعت اختلعت نفسي منك بمهري ونفقة عدتي فقالته ولا تعلم معناه لفظ الخلع واختلفوا فيه قيل لا يصح وهو الصحيح قال القاضي ينبغي ان يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة وكذا لو قنعت ان تبريه وكذا المديون

والاجلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت

اذا لقن رب الدين لفظ الابراء لا يبرأ لان الثابت اذا سمى المهر مع الايجاب فقال تزوجتك بكذا فقالت قبلت النكاح ولا قبل المهر قالوا لا يصح ولا يشكل بانه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية او وجودها لانه ما اوجب النكاح الا بذلك القدر المسمى فلو صححناه اذا قبلت في النكاح دون المهر للزمه مهر المثل وهو لم يرض بالنكاح بدون ما سمى فيلزمه ما لم يلزمه بخلاف ما اذا لم يسم من الاصل لان غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عن مسماه فيلزمه ما التزمه ولو قال قبلت النكاح ولم يزد على ذلك لم ينعقد بما سمى وقد يخالفه ما في المنتقى عبد تزوج على رقبته بغير اذن المولى فبلغه فقال اجزت النكاح ولا اجيز على رقبته يجوز النكاح ولها الاقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه بخلاف ما في الجامع امة تزوجت بغير اذن المولى على مائة درهم فبلغه فقال اجزت النكاح على خمسين دينارا ورضي به الزوج لان هذه مقررة تبرعا للزوج فهي ملحقة بالاجازة والحق انا اعلمناك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وان خالف ما عن محمد الربيع ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب وصورته ان يكتب اليها يخطبها فاذا بلغها الكتاب احضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسي منه او يقول ان فلانا كتب الي يخطبني فاشهدوا اني زوجت نفسي منه او لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسي من فلان لا ينعقد لان سماع الشطرين شرط صحة النكاح وبها عبر الكتاب والتعبير عنه بهما قد يسمعوا الشطرين بخلاف ما اذا اقتصيا ومعنى الكتاب بالخطبة ان تكتب زوجتني نفسك فاني رغبت فيك ونحوه ولو جاء الزوج بالكتاب الى الشهود مختوما فقال ان هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم تجز في قول ابي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول ابي يوسف ثم رجع وجوزه من غير شرط اعلام الشهود بما فيه واصل الخلاف كتاب القاضي الى القاضي على ما سيأتي ان شاء الله تعالى قال في المصفى هذا يعني الخلاف اذا كان الكتاب بلفظ الترجمة اما اذا كان بلفظ الامر كقوله زوجي نفسك مني لا يشترط اعلامها الشهود بما في الكتاب لانها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله من الكافي قال وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا جحد الزوج الكتاب بعد ما اشهدهم عليه من غير قراءة عليهم ولا اعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب اليه الكتاب وقبل العقد بحضرتهم فشهدوا ان بذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل بينة الشهادة عند هما لانه لا يقضى بالنكاح وعنده يقبل يقضى به اما الكتاب فصحيح بلا استشهاد وهذا الاستشهاد لهذا وهو ان تتمكن المرأة من اثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب كذا في المبسوط شيخ الاسلام والكامل وامعوا في الامساك ان الاشهاد لا يصح ما لم يعلم الكاتب ما في الكتاب والاعلم ان ما نقلناه من نفي الخلاف في صورة الامر لا شبهة له على قول المحققين اما على قول من جعل لفظة الامر ايجابا كما قاضيخان على ما اقتنا وعنه فيجب اعتبار اعلامها بما فيه ما في الكتاب وان لم يعلم الكاتب ما في الكتاب يكون من صورة الخلاف وعلى ما صدر به المسئلة الخامس ينعقد بالاشارة من الاخرس ان كانت له اشارة معلومة الساد من ينعقد بنقل الرسول عبارة المرسل اذا اجابت بحضرة الشهود كلامهما ومنه نقل الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح السابع لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة فلو قال تزوجتك على ان يعطيني عبدا فقبلت بالنكاح انعقد ويجب المهر مثلها عليه ولا شيء له من العبد الثامن لا يجوز تعليق النكاح بالخطر لو قال اذا جاء فلان فقد زوجتك بنتي فاذا فلان لا ينعقد فجاء فلان لا ينعقد كذا التعليق الرجعة او كل منهما الزم والذي يجوز تعليقه بالشرط هو ما سقاطه كالطلاق والعتاق والاقرار كالنذر الا التعليق بالمشيئة فانه باطل من ان المشيئة في المجلس على ما في التحفيس في رمز الفتاوى الصغرى وغيرها اذا قال تزوجتك ان شئت او ان شاء زيد فالبطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح جائز لان المشيئة اذا بطلت في المجلس صار كما لو قاله بغير مشيئة كما قالا في السلم اذا بطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال لكن اذا بدأت المرأة اما اذا بدأ الزوج فقال تزوجتك فقالت ان شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج الى ابطال المشيئة بعد ذلك لان القبول مشيئة انتهى وبهذا ناظر الى انه ما من جانب المرأة هو القبول تقدما او تأخرا وما من جانب الرجل الايجاب تقدم او تأخر وقد مناقريبا ان الحق ان الاول ايجاب من اي جهة كان والثاني قبول لذلك فلعدم جواز تعليقه بالخطر لم يصح بخيار الشرط فيبطل كما لو قال تزوجتك على ان ابي بالخيار فقبلت صح ولا خيار له بخلاف ما لو قال ان رضي ابي لا يجوز بخلاف من خطب اليه بنته فقال

قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل وامرأتين عدول او كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رضا اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رح في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في نكاح المسلمين لانه شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رح وستعرف في الشهادات انشاء الله

زوجتها فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها من فلان فقد زوجتها ابنك فقبل بحضرة الشهود ثم ظهر انه لم يكن زوجها حيث ينعقد النكاح بينهما لان هذا التعليق بامر موجود للحال وشله تحقيق كذا اجاب بعض المشائخ وسنفصل الكلام في خيار الشرط والرؤية والعيب في باب المهر ان شاء الله تعالى التاسع اذا وصل الايجاب بتسمية المهر كان من تمامه حتى لو قبل الآخر قبله لا يصح كما مر قالت لرجل زوجت نفسي منك بالف دينار فقبل ان تقول بالف دينار قبل الزوج لا ينعقدان اول الكلام يتوقف على آخره اذا كان في آخره ما يغيره وهنا كذلك فان مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى بعد بغير ذلك التعيين المذكور فلا يعمل قبل الزوج قبله العاشر ينعقد النكاح من الهازل وتلزمه مواجبه لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه الترمذي من حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابو داود وجعل العتق بدل الرجعة ولذا ينعقد من المكره قوله ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور احتراز عن غير المسلمين وسياتي ان انكحة الكفار بغير شهود صحيحة اذا كانوا يدينون بذلك وقوله بحضور لا يوجب السماع وهو قول جماعة منهم القاضي علي السغدي ونقل عن ابواب الامارة من السير الكبير انه يجوز وان لم يسمعوا وعلى هذا جوازه بالاصمين والنائمين اشتراط السماع لانه المقصود من الحضور وسياتي لمامر ما اشتراط الشهادة فلقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود قال المصنف رح وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد وظاهره انه حجة عليه في الامرين اشتراط الاعلان وعدم اشتراط الاشهاد لكن المقصود انه حجة في اصل المسئلة وهو اشتراط الاشهاد وانما اراد ذكر الاعلان تتميما للنقل مذهبه ونفي اشتراط الشهادة النائمين قول ابن ابي ليلى وعثمان البتي وابي ثور واصحاب الظواهر وقيل مذهب ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن وهم محجوجون لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود رواه الدارقطني وروى الترمذي عن ابن عباس رض البغايا اللاتي ينكحن انفسهن بغير بينة ولم يرفعه عن عند الا علي في التفسير ووقفه في الطلاق لكن ابن حبان روى من حديث عائشة رض انه صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا ولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فان تشاجروا فالسلطان اولى من لا ولي له قال ابن حبان لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الاسلام ان حديث الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به اعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية فيندفع به الايراد المعروف وهو لزوم الزيادة على الكتاب او تخصيصه بخبر الواحد وجواب آخر وهو انه خص بنية المحرمات فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثانيا ولو عدل الى ان النص واصل لكم ما ورآء ذلكم فالجواب بان الامر المخصوص بالمشكرة ونحوها واعلم ان مشائخ رحمهم الله نصبوا الخلاف في موضعين في الشهادة على ما ذكرنا وفي الاعلان واستدلوا للمالكية في اثباته بالمنقول من قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث عن عائشة رض عنها عنه صلى الله عليه وسلم اعلنوا بالنكاح رواه الترمذي وقال حسن غريب وبالمعقول وهو ان حرام هذا الفعل يكون شرا قصد يكون جهر البتفي التهمة الذي يظهر ان هذا نصب في غير محل النزاع يظهر ذلك من اجوبتهم عن هذا الاستدلال وغيره وذلك ان كلمتهم قاطبة فيه على القول بموجب الدليل الاعلان واداء العمل بها اشتراط الاشهاد اذ به يحصل الاعلان وكلام المبسوط حيث قال ولان الشرط لما كان الاظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا وذلك لشهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لا يبقى سرا وقول الكرخي رح النكاح السر ما لم يحضره شهود فاذا حضروا فقد اعلن قال وستر ما كان عند امامه وستر الثلاثة غير الخفي صريح ما ذكرنا فالتحقيق انه لا خلاف في اشتراط الاعلان وانما الخلاف بعد ذلك في ان الاعلان المشترط بل يحصل بالاشهاد حتى لا يضر بعده توصيته للشهود بالكتمان اذ لا يصير بعده الاعلان التوصية بالكتمان ولا يحصل بمجرد الاستشهاد حتى لو قالوا لا ندري اعلن بدون الاشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الاشهاد وعنده يصح فالحاصل ان شرط الاشهاد يحصل في ضمن الشرط الآخر فكل اشهاد اعلان ولا ينعكس كما لو علم بحضرة صبيان او عبيد قوله لعدم الولاية

ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لحرمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز

يعني القاصرة وهي ولاية على نفسه لا التامة وهي نفاذ القول على الغير لان تلك محتاج اليها الا دائما فليل لعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح وان لم يكن من شرط هذه الشهادة الاداء لما لم يكن ولاية على نفسه والشهادة وفرعها لم تكن شهادة وقد اجازت شهادة المحدود في القذف لولايته على نفسه والمدبر والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم ولو حضر العبد والصبي للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج الى الاداء بجحد النكاح فشهدا بهما دون من كان منهما ممن انعقد بحضوره جازت شهادتهما وان لم يكن صحة العقد كانت بحضورهما هذا وعند احمد رضي الله عنه يجوز شهادة العبد مطلقا واستبعد نفيها لانه لا كتاب ولا سنة ولا اجماع في نفيها وحكى عن انس رضي الله عنه قال ما علمت احدا رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الامم يوم القيامة فكيف لا تقبل هنا وتقبل شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم في رواية الاخبار والذي ذكر من المعنى وهو ان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له مما يمنع فانه لا يلزم عقلا بين تصديق مخبر في اخباره بما شاهده لبعد كونه عبدا لا فتيا غير مملوك المنافع ولا شرعا لم يجز ان يتولى عبدا من عباد الله بالرق وتقبل اخباره كيف وليس الشرع ههنا كون الشاهد ممن يقبل اداؤه ولذا جاز قبول الزوجين ولا اداء لهما وغاية ما لحق فيه انه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعا لم يصح له تصرف التحق بالجمادات في حق العقود ونحوها فكان حضوره كلا حضور وامامذكره في المبسوط حيث قال ولان النكاح يفعل في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون في محافل الرجال فكان حضورهما كلا حضور فمحاصله اشتراط الشهادة انما هو لاظهار الخطر ولا خطر في احضار مجرد العبيد والصبيان وكذا اهل الذمة في انكحة المسلمين وكذا النساء منفردات عن الرجال فيشمل هذا الوجه نفي شهادة الكل وعلى اعتباره اولى ان ينفي شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم وان كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو وهذا الذي ذكره قوله ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ان الشهادة من باب الكرامة حقيقة الى الرجوع الى الوجه الاول القائل انها شرطت ايضا لاظهار الخطر وهو معنى الكرامة والفاسق من اهل الاهانة فلا كرامة ولا تعظيم للعقد باحضاره فلا يصلح للقبول ولنا انه اي الفاسق من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحليله من شرطيه وضع فيها المقدم بسهل من تحليله من اقتراني كما سلكه بعض الشارحين فلا لان اي لما كان من اهل الولاية كان من اهل الشهادة فهذه دعوى ملازمة شرعية وقوله وهذا لانه لم يحرم الولاية على نفسه اخ ملازمة اخرى لبيان الملازمة الاولى غير المنع كما قاله ولي فعللها بقوله لانه من جنسه اي لان الغير من جنس الفاسق فيجوز قتله وفيه تقدير آخر لبعضهم لبعيد من الالفاظ وحاصل هذا ان احكام افراد الجنس المتحد متحدة بحسب الاصل فكل مسلم يتعلق بين خطابات الاحكام ما يتعلق بمثله فلما لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية لنفسه علم انه لم يعتبر شرعا فسقه سالبا لاهلية الولاية مطلقا فجاز ثبوتها على غيره لانه كنفسه الا ان ثبوتها على غيره لا تحقق الا برضاه وذلك متيسر عليه اذا استبده فقد استولاه ورضي فثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما لصح منه سماعه لاحد شطري ما يعقده من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد السماع بهذا الشطر لا يجوز شهادته فيه اي سماعه اما الاداء فيتوقف على فعل غيره وهو اجازة القاضي وانت اذا تأملت هذا الوجه ظهر لك انه لم يرد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهدا فثبتت شهادته لعدم النافي والوجه السابق من ان اشتراط الشهادة لاظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد هو عليه ينفيه لان مجرد احضار الفاسق ليس تكرمة والحق ان هذا الوجه انما ينفي ما ذكرناه من احضار الفساق حال سكرهم على ما ذكروا من انه اذا انعقد بحضرة سكارى يفهمون كلام العاقدين جاز وان كان نوابحيث بنسوته اذا صحوا وهذا الذي دنا به الفقهاء اما من كان في نفسه فاسقا وله مروءة وحشمة فان احضاره للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور فالحق صحة العقد بحضرة فساق لا في حال فتسكرهم والله اعلم قوله ولانه صلح مقلدا بالكسر اللام وجه ثان ذكره المصنف رح في صحة شهادة الفاسق في النكاح وهو انه صلح مقلدا اي سلطانا او خليفة

لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهم لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة

شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لورود ه على محل ذي خطر له على اعتبار وجوب المهر اذ له منها دة تشترط في لزوم المال

وهما اشاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد يتعقد بكلامهما والشهادة شرطت على العقد

فصار مقلد بفتح اللام اى قاضيا وكذا شاهدا بالواو وفى نسخ وبالفا فى نسخ وعلى الاول هى ملازمة واحدة حاصلها الصلح للولاية الكبرى التى هى عم ضررا وانفعا صلح الصغرى التى هى اقل وهى القضاء والشهادة بطريق اولى بيان الاستثنائية المقدرة المستغنى عن اظهارها بالمفظة لما فانها دالة على وضع العقد ان الخلفاء غير الاربعة السابقين ومن بعدهم بامسان كعمر بن عبد العزيز فلما خلوا سن فسق مع عدم انكار السلف ولا يتهم وتصحيح تقليدهم القضاء غيرهم وعلى الثانى ملازمتان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وصلاحية الشهادة والاول سبب للثانى فى كل منهما فاعترض بانه ذكر فى ادب القاضى ان الامر بالعكس حيث قال الاصح ولاية القاضى حتى يجتمع فى المولى شرائط الشهادة واجيب بان قوله فكذا شاهدا عطف على مقلد بكسر اللام وان تحلل معطوف عنه عمر ومن قولك جاء زيد بكر وعمرو عطف على زيد لا بكر ومسببيته عنه ظاهرة ولا منافاة بينهما فتدبر وفيه نظر اذ العطف بالفاء يقتضى ترتب كل على ما قبله كما فى جاء زيد فعمرو فبكر

فروع فى فتاوى النسفى للقاضى ان بعث الى شافعى ليبطل العقد اذا كان تشهد بالفاسق وللعنى ان يفعل ذلك على ما بين فى كتاب القضاء ان شاء الله تعالى وكذا لو كان يفتى فطلقها ثلاثا فبعث الى شافعى وجهلها منه بغير محل لم يقض بالصحة ويطلان النكاح الاول يجوز اذا لم ياخذ القاضى الكاتب ولا المكتوب له رشوة لانه بهذا خرجه الوجيز السابق ولا شبهة ولا جبث فى الولد كذا فى الكفاية ثم قال الامام ظهير الدين المرغينانى لا يجوز الرجوع الى شافعى المذهب الا فى اليمين المضافة اما لو قضى بشهادته فلا

قوله لان السماع فى النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم يتوجه لا سماع للكافر على المسلم لكنه عدل فى التوجيه الى التشبيه فقال فصار كانهم لم يسمعا كلام المسلم لان مراده من التوجيه نفى السماع المعتبر لانفى حقيقته واذا انتفى الاعتبار صار كانه وجوده كعدمه فصح تشبيه السماع بعدمه على ما هو معنى قوله فصار كانهم لم يسمعا كلام المسلم وتمام هذا الدليل موقوف على ان صغرى القياس منكسة كنفسها فى خصوص هذه المادة لان المطلوب نفى الشهادة لنفى السماع المعتبر ولان الشهادة مجرد الحضور كما يعطيه تحرير القدورى وقد مناه عن ابن قاسم السعدى والا يجابى لم تتم دلالة القدورى فى غيره على اشتراط السماع ولانه المقصود بالحضور فلا يجوز بالاصمين على ما هو الاصح وعن اشترط السماع ما قدمناه فى الزوج بالكتاب من انه لابد من سماع الشهود فى الكتاب المشتمل على الخطبة بان تقرأه المرأة عليهم او سماعهم العبارة عنه بان تقول ان فلانا كتب الى بخطبنى ثم تشهدهم انها زوجته نفسها اما لو لم ترد على الثانى لا يصح على ما قدمناه فى الفروع ولقد ابعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من زاد الناظمين ونص فى فتاوى قاضيخان عليه اذا لم يسمعا كلامها فهم الشرطان يسمعا معا كلامها معا مع الفهم اما الاول فقد كرفى روضة العلماء انه الاصح واخذ علماء العلماء انه لو سمع احد الشهود ثم اعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن الثابت على كل عقد سوى شاهد واحد وعن ابى يوسف رحمه الله ان احد المجلس جاز استحسانا والا فلا وعنه لابد من سماعهما معا واما الثانى فعن محمد رحمه الله لو تزوجها بحضرة هندين لم يفهما لم يجز وعنه ان امكنها ان يعبرا ما سمعا جاز والا فلا وحكى فى فتاوى قاضيخان خلافا فيه وجعل الظاهر عدم الجواز **قوله** ولهما ان الشهادة شرطت فى النكاح على اعتبار اثبات الملك اى ملك عليها الورود ه على محل ذى خطر وهو بضع انثى ليست مملوكة محللة من ثبات ادم على وجه يقصر ها على نفسه لاستيفاء حاجاته منها وندرة من جمال التعم وهو معنى مناسب الاشتراط احضار الشاهدين العقلا اظهار التعظيم هذا العقد يقع فى محفل من المحافل قد ظهر اثر ذلك بايجاب المال عليه ونهاهما ان ملك المتعة مشترك نعلم ان اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس لملك كل منها التمتع بكل والالم يختص بلزومه ولا على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه اذ لا شهادة تشترط فى لزوم المال فيما عهد من تقريرات الشرع فى موضع ولا على اعتبار ملكها الازدواج المشترك لانه يثبت تبعا لملك البضع ولا يشترط للتوابع والا وجب الاشهاد على شراء الامة للوطى فان ملكه من توابع ملك رقبتها واذا كانت الشهادة لثبوت ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهى ميتة فيجوز لذيتين فلزمه اظهار خطر بالنسبة اليها شرعا ولهذا لو كانا ذميين حكم الشرع بصحته حتى لو اسلم بقى على الصحة بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان الشهادة اشترطت فى العقد بذلك المعنى والعقد يقوم بهما ولابد من سماعهما

ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر شاهد رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل

مباشرا لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى الزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يجعل

ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز

بذا ولا تقبل شهادتهما عليهما واذا انكرت لا عليه اذا انكر وعند محمد لا تقبل الا ان يقول كان معنا مسلمان وعنه لا تقبل مطلقا لاثباتها فعل المسلم ولا تثبت

بشهادتهما ولو اسلما ثم ادياها تقبل على كل منهما عند حالان سماعها كلام المسلم معتبر واستمع الاول للكفر وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد الا اذا قالا اسلمنا

مسلمان عند العقد ولو كان الشاهدان ابنيها قبل عليها فقط او ابنيه فعليه فقط او ابنيهما فلا يقبل على ان على واحد منهما كما لو كانا اعميين او اخرسين

سميعين حيث يصح العقد بهما ولا اثر لهما لعدم البصر والتكلم والعدوان على التفصيل فعندهما يقبلان عليهما لا عليه وعندهما لا يقبلان عليه لا عليهما وعندهما

لا يقبلان مطلقا اما الانعقاد فيثبت بشهادة الاولاد والاعداء كيف كانوا واما الاخوان بان زوج الاب ابنته بشهادة ابنيه فانكر الزوج واداعاه الاب

وادلت بكبيرة او الامرأة فشهدا لا يقبل ولو كان الزوج هو المدعى والمرأة منكرة او الاب قبلت هذا قول ابي يوسف وعند محمد تقبل وان كان

المدعى الاب او المرأة ايضا والاصل ان كل شئ يدعيه الاب فشهادتهما فيه باطلة وان لم يكن فيه منفعة له لشبهة الابوة عند ابي يوسف لثبوت

منفعته نفاذ كلامه وقال محمد كل شئ للاب فيه منفعة جحدا او دعى فشهادة ابنيه فيه باطلة وكذا كل شئ وليته مما يكون خصما فيه مثل البيع وتظايره ولم

يثبت منفعته نفاذا لقول منفعته ولو كانت لبنت صغيرة لا تقبل اتفاقا لانها للاب قال الحاكم ابو الفضل في تفسيره ويرد ان الشهادة تبطل في حال

ادعاية من طريق التهمة وكذا في جحوده لو قوبها لغير خصم يدعي انتهى وفسر في المبسوط جحوده بان المراد ان عند جحوده ان كان الآخر جاحدا ايضا لا تقبل

لعدم الدعوى فاما اذا كان الآخر مدعيا فمقبولة وان كان للاب منفعة فيهما كما اذا شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة بالف والمشتري يدعيه وبذا ان

منفعته غير معلومة للاب ولا تمنع من قبول شهادتهما وكذا اذا قال لعبده ان كلمك فلان فانت حر فشهد ابنا فلان ان ابا هما كلمه جازت عند محمد

كان الاب جاحدا او مدعيا وعند ابي يوسف لا يجوز الا ان يكون جاحدا ولو زوج الرجل ابنه ثم شهد مع اجنبيا عليهما بالرضاع هي تنكر لا تقبل لان الشهادة

على فعل نفسه مطلقا لا تقبل سواء كان مما هو فيه خصم او لا فروع ولو اقرا بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود واختلفوا فيه والاصح انهما

ان سميا المهر ينعقد كما حاما بتذاكر كذا في الدراية وقدمنا انهما اذا اقرا به ولم يكن بينهما كما حا لا ينعقد الا ان قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم

ينعقد لان النكاح ينعقد بالجنس ثم قال قاضي خان رح وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان اقر العقد ماض ولم يكن بينهما عقد لا يكون نكاحا

وان اقرت انه زوجها وهو انها امرأته يكون نكاحا قضية اقرارها الانشاء بخلاف اقرارها بماض لانه كذب وهو كما قال ولو حقيقة او قال لامرأة

ليست لي امرأة ونوى به الطلاق يقع كانه قال لاني طلقتك ولو قال لم اكن تزوجها ونوى الطلاق لا يقع لانه كذب محض انتهى يعني

اذا لم تقل اشهدوا جعلتما هذا نكاحا والحق هذا بالتفصيل وفي فتاوى بعث اقوا انا للخطبة فزوجها الاب بحضرتهم قيل لا يصح وان قبل عن المبعوث

انسان لانه نكاح بغير شهود لان القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا لان التعارف كهذا ان يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب لا يصير شاهدا

وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لانه لا ضرورة في جعل الكل خاطبا فيجعل المتكلم فقط والباقي شهود وقوله ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة

فزوجها والاب حاضر بحضرة رجل واحد جاز النكاح وكذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضوره مع واحد او امرأتين ووكيل المرأة يحضر وبامرأتين جاز النكاح

ثم تقبل شهادة المزوج اذا لم يقبل اي يازوجتها بل يقول هذه زوجته هذا او انما صح بحضور الواحد لان الوكيل في النكاح سفير ومعبر فيقبل عبارة الموكل

فاذا كان من يعبر عنه حاضرا والغرض ان العبارة تنتقل اليه كان مباشرا لان النكاح العبارة تنتقل اليه وهو في المجلس وليس لمباشرته سوى

هذا بخلاف ما اذا كان غائبا لان انتقال العبارة اليه حال عدم الحضور لا يصير به مباشرا لانه ماخوذ في مفهومه والحضور ضرورة فيقتصر اثره على عدم

فصل في بيان المحرمات قال ولا يحل للرجل ان يتزوج بامه وبجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات

رجوع الحقوق الى الوكيل ولهذا لو زوج وكيل السيد العبد بحضوره مع اخر لا يصح لان العبارة انما تنتقل الى منشئ الولاية وهو السيد وهو غائب فظهر ان هذا التوجيه ان انما هو اذا شارع حضوره جبري لا يتوقف على ثبوت الحاجة الى اعتباره فاندفع ما اورد من انه تكلف غير محتاج اليه فان الاب يصلح شاهدا فلا حاجة الى اعتباره مباشرا الا في المسئلة الاخيرة في الكتاب وهو ما اذا زوج الاب بنته البالغة بحضرة واحد لانها لا تصلح شاهدة على نفسها فانزلت مباشرة ضرورة التصحيح ولو اذن السيد لعبده او امته فتزوج فعقد بحضرة واحد مع السيد قيل لا يجوز للانتقال الى السيد لانهما وكيلان عنه والاصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لان الاذن فك الحجر عنهما فينصرفان بعده لاهليتهما الا بطريق النيابة وما ذكر في مسئلة وكيل السيد ظاهر ان ثبوت الصحة فيما اذا زوج السيد عبده او امته بحضوره بجامع شاهد محل النظر لان مباشرة السيد ليس فكا للحجر عنهما في التزوج مطلقا والاصح في مسئلة وكيله وكذا اختلف في صحتها المرغيناني قال قال استاذي فيهما روايتان اي في وكيل السيد والسيد قوله واذا جحد احد الزوجين النكاح فاما اصلا او شرطه ففي اصله لو جحد الزوج فاقامت بينة به او على اقراره قبلت لانه لا يكون جحوده طلاقا الا ترى ان الطلاق ينقص العدد وبارتفاع اصل النكاح لا نقص واما انكار الشرط كانكار الشهادة فان كانت هي المنكرة بان قالت تزوجني بلا شهود وقال الزوج بشهود فالنكاح صحيح وان كان هو القائل ذلك فرق بينهما لاقراره بالحرمة على نفسه فيكون كالفرقة من قبله فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول والا فكله ونفقة العدة وهذا بخلاف الانكار واصله ان القاضي كذبه في زعمه فلا يبقى زعمه معتبرا وهنا لم كذبه في زعمه بحجة ولكن رجح قولها لمعنى هو ان الشرط تبع وقد اتفقا على الاصل والاتفاق على الاصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد موافقته على الاصل كالراجع عنه فيبقى زعمه معتبرا في حق نفسه ولذا فرق بينهما وكذا لو قال تزوجتها وهي معتدة او مجوسية ثم اسلمت او اختها عندي او ولها زوج او امة بلا اذن لان هذه الموانع كلها في محل العقد والحال في حكم الشروط بخلاف ما لو ادعى احدهما ان النكاح كان في صغره بما شرته لانه منكر لاصل النكاح معنى واذا كان القول للمنكر منهما هنا فالمهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل البلوغ وان دخل بها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل للدخول في نكاح موقوف وان كان الدخول بعد البلوغ فمهور ضي بذلك النكاح وبعد البلوغ لو اجاز العقد الذي قبله جاز والتمكين من الدخول اجازة ولو كانت هي القابلة تزوجني وانا معتدة وما بعدها الى آخر العصور التي ذكرناها وهو منكر فهي امرأته لما قلنا في الشهادة والله سبحانه اعلم شهد شاهدان انه تزوجها امس والآخر اليوم فهي باطلة فان النكاح وان كان قولا من شرائطه عاينوفعل وهو الحضور فكان كالافعال في الاختلاف واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع القبول ولان كلا شهد بعقد حضرة واحد فلا علم

فصل في نكاح المحرمات المحلية الشرعية من شرائط النكاح وانما افرد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء تحية المرأة للنكاح شرعا باسباب الاول النسب فيحرم على الانسان فروعه وهم بنات اولاده وان سفلن واصوله وهم امهاته وامهات امهاته وآبائه وابنائه وان علون وفروع ابويه وان نزلن فتحرم بنات الاخوة والاخوات وبنات اولاد الاخوة والاخوات وان نزلن وفروع اجداده وجداته بيطن واحد فلهذا تحرم العمات والخالات وتحل بنات العمات والاعمام والخالات والاخوال لقولنا في المصاهرة فيحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وان نزلن وامهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وان علون وان لم يدخل الزوجات وتحرم موطوءة آبائه واجداده وان علوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح وموطوآت ابنائه وابنائه اولاده وان سفلوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح والثالث الرضاع يحرم كالنسب وسياتي تفصيله في كتاب الرضاع ان شاء الله الرابع الجمع بين المحارم والاجنبيات كالاختين مع الحرة السابقة عليها الخامس حق الغير كالمنكوحة والمعتدة والحامل بثبات النسب السادس عدم الدين السماوي كالمجوسية والمشركة السابع

أما الام هو الاصل لغة أو تثبت حرمتهن بالاجماع قال ولا بنته ما لم تلوناً ولا بنت ولده وان سفلت

للاجماع ولا بنت اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في

هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين من جهة الاسم عامة قال

ولا بام امرأته التي دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها بالنبوة قيد الدخول بالنص

الشافي كنكاح السيدة امته والسيدة عبده ما قوله اذ الام هي الاصل لغة قال الله تعالى وعنده ام الكتاب وسميت مكة ام القرى لان الارض دحيت من تحتها والمرام الجنائث وعلى هذا ثبتت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لان الام على هذا من قبيل المشكل قوله وثبتت حرمتهن بالاجماع اي ان لم يمكن اطلاق الام على الاصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات والتحقيق ان الام مراد به الاصل على كل حال لانه ان استعمل فيه حقيقة فظاهر والا فيجب ان يحكم بارادته مجازا فيدخل الجدات في عموم المجاز والمعرف لارادة ذلك في النص الاجماع على حرمتهن ولم تثبت عند المصنف اطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر في حرمة بنات الاولاد على الاجماع وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال وكذا الاستدلال في البنات فان بنت البنت يسمى بنتا حقيقة باعتبار ان البنت يراد به الفروع فيتناولها النص حقيقة ومجازا عند البعض وقوله عند البعض يريد اذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فانهم يجوزونه اذا كان في محلين على ما اسمناك من التقرير يتناولهن مجازا عند الكل ومن الطرق في تحريم الجدات وبنات الاولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الاخ والاخت ففي الاول لان الاشقاء منهن اولاد الجدات وهن اقرب اولى وفي الثاني لان بنات الاولاد اقرب من بنات الاخوة فرعان الاول لبنت الملاعنة حكم البنت فلو لاعن فنفى القاضي نسبها من الرجل والحقها بالام لا يجوز للرجل ان يتزوجها لانه لسبيل من ان يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه لاشتمال تحريم على الرجل بنته من الزنى لصريح النص المذكور لا تمابنته لغة والخطاب انما ورد باللغة العربية لما ثبت نقل كلمة الصلوة ونحوه فيصير منقولا شرعيا قوله لانه من جهة الاسم عامة اي الجهة التي وضع للاسم مع اعتبارها فاسم الاخ مثلا وضع لاعتبار نسبتها الى اخرى بالمجاورة في صلب او رحم فالاحسن ان يقال باعتبار حلولها ما حلته من صلب او رحم كيلا يقتصر على التوهم وبهذه الجهة تعم المتفرقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ ويدخل في العمات والخالات بنات الاجداد وان علوا لانهن اخوات ابائهن وامهاتهن وبنات الجدات وان علون لانهن اخوات امهات عليات وفي بنات الاخ والاخت بناتهن وان سفلن قوله ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل فاذا كان نكاح البنت صحيحا ابانا لفاسد فلا تحرم الام الا اذا وطئ بنتها ويدخل في ام امرأته جداتها قوله من غير قيد الدخول عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور واليه رجع ابن مسعود رضي الله عنه جلي ان تقييد المعطوف بصفة او حال كما في الآية فان من نسائكم حال من الربائب لا يوجب تقييد المعطوف عليه لكن يجوز ولا يمتنع ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ونابهما على فجعلا الدخول قيدا في حرمة امهات النساء وتبعهم بشر المريسي ومحمد بن شجاع ووجه البناء على ان الشرط والاستثناء اذا تعقب كلمات منسوقة انصرف الى الكل وزيادة ان المذكور في الآية ليس شرطا بل صفة ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف ثم يبطل جوازه في هذا الموضع باستلزامه كون الشيء الواحد معمولا عاملين وذلك ان النساء المضاف اليه امهات محفوظ بالاضافة والجر وربائبهن بها فلو كان الموصول وهو قوله اللاتي دخلتم بهن صفة لهما لزم ذلك هذا بناء على اعتبار الصفة هنا بمعنى الشرط والا بطلة في الكل فيلزم كون من مستعملا في معنيين متخالفين في اطلاق واحد وهو البيان بالنسبة الى النساء المضاف اليهن امهات والابتداء بالنسبة الى الربائب لانه المناسب فيهما قال الشيخ سعد الدين في حواشيه وما يقال ان الابتداء معنى كلي صادق على جميع معاني من فضرب من التاويل والتشبيه ثم قال نعم قد يستعمل في الايصال شيء فيتناول الايصال الامهات بالنساء لانهن والدات والربائب لانهن مولودات فيصح حمل من نسائكم متعلقا بالامهات والربائب جميعا حالا منهما وفائدة الايصال الامهات بالنساء بعد اضافتها اليهما في زيادة قيد الدخول لكن الاتفاق على حرمة امهات النساء مدخولات بهن او غير مدخولات بي هذا المعنى فمن هذا اجعل متعلقا بربائبكم فقط انتهى ويمكن ان تجعل حالا من النساء المضاف اليهن امهات ومن الربائب لانه قد يستلزم حمل الحال من المضاف اليه وانما جوزه من جوزه بمسوغ من كون المضاف صالحا للعمل في الحال وجزأ للمضاف اليه زاد بعضهم شبهة الخبر في صحة حذفه والاستغناء عنه بالمضاف اليه نحو ملة ابراهيم حنيفا

سواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط
وهذا الكتفي في موضع الاحلال ينفي الدخول قال ولا بامراته ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا
ما نكح آباؤكم ولا بامراة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب
لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته
من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطيا لقوله تعالى
وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يومن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين

قوله سواء كانت في حجره او في حجر غيره هو مذهب الجمهور وشرطه علي وابن مسعود رضي الله عنهما وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب ان الغالب كون البنت مع الام عند زوج الام وهو المراد بالحجر هنا ولو لا هذا لثبتت الاباحة عند انتفاء ما يدل عليه اللفظ في غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم المخالفة وبالرجوع الى الاصل وهو الاباحة عند من لا يعتبر المفهوم لان الخروج عنه الى التحريم مقيد بقيد فاذا انتفى القيد رجع الى الاصل لانتفاء ما يدل عليه اللفظ قوله ولهذا اي ولكونه لم يعتبر قيدا في الحرمة اكتفى في موضع نفي الحرمة بنفي الدخول بقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فخصه في موضع النفي بالذكر علمنا انه المعتبر في اضافة الحرمة والا لقيل فان لم تكونوا دخلتم بهن وليس في حجوركم او قال لم تكونوا دخلتم بهن اوليس في حجوركم جريا على العادة في اضافة نفي الحكم الى نفي تمام العلة المركبة او احد جزيها الدائر وان صح اضافته الى نفي جزيها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال هذا ويدخل في الحرمة بنات الربيبة والربيب وان سفل لان الاسم يشملهن بخلاف حلائل الابناء والاباء لانه اسم خاص لهن فلذا جاز التزوج بام زوجة الابن وبنتها وجاز للابن التزوج بام زوجة الاب وبنتها قوله ولا بامراة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء اعلم ان امراة الاب والاجداد تحرم بمجرد العقد عليها والآية المذكورة استدل بها المشائخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على ارادة الوطي بالنكاح فان اريد من حرمة امراة الاب والجد ما يطابقها من ارادة الوطي قصر عن افادة تمام الحكم المطلوب حيث قال ولا بامراة ابيه وتصدق امراة الاب بمجرد العقد والا لم يفد الحكم في ذلك المحل فانما يصح على اعتبار لفظ النكاح في لفظ الآباء في معنى مجازي يعم العقد والوطي وذلك النظر في تعيينه ويحتاج الى دليل يوجب اعتباره في المجازي وليس لكان تقول تثبت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بالاجماع لانه اذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالحا له كان مرادا منه بلا شبهة فان الاجماع تابع للنص والقياس عن احدهما كون ولو كان عن علم ضروري يلحق لهم ثبت بذلك ان ذلك الحكم مراد من كلام الشارع اذ ا احتمل قوله تعالى وحلائل ابنائكم ان اعتبر الحيايا من حلول الفراش او حل ان تناوله الموطوءة بملك اليمين او شبهه او زنا فيحرم الكل على الاب كالحكم الثابت بكلمة حرم الزنى بها ومن ذكر نا للاب على الابناء ولا يتناول المعقود عليها للابن او بنته وان سفلوا قبل الوطي والغرض انها بمجرد العقد تحرم على الاب وذلك باعتباره من المحل بكسر الحاء وقد قام الدليل على حرمة الزنى بها للابن على الاب وهو باسنذكره في موضعه فيجب اعتباره في اعم من المحل والحل ثم يراد بالابناء الفروع فيحرم حليلة الابن لسافل على الجد الاعلى كما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع وذكر الاصلاب في الآية لاسقاط حليلة المتبنى وذكر بعضهم فيه خلافا للشافعي والمنقول عنهم ان ذكر الاصلاب لاحلال حليلة المتبنى لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع كما ذهبنا فلا خلاف قوله ولا بامه من الرضاعة كل ما ذكرنا انه يحرم من اول الفصل الى هنا يحرم من الرضاع حتى لو ارضعت امراة صبيا حرم عليه زوجة زوج المرضعة الذي نزل لبنها منه لانها امراة ابيه من الرضاعة ويحرم على زوج المرضعة امراة هذا الصبي لانها امراة ابنه من الرضاعة وسنتوفى ان شاء الله تعالى في كتاب الرضاع قوله ولا يجمع بين اختين نكاحا اي عقدا ولا بملك يمين وطيا وهذان تميزان للنسبة اضافية والاصل بين نكاح اختين ووطيهما مملوكتين ولا فرق بين كونهما اختين من النسب او الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان ارضعتهما اجنبية فسد نكاحهما وعند الشافعي يفسد نكاح الثانية فقط واستدل بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف بناء على ان التحريم المذكور اول الآية اضيف بواسطة العطف الى الجميع وهو اعم من كونه عقدا او وطيا وعن عثمان رضي الله عنه اباحة وطي المملوكتين قال احلتهما آية وحرمتهما آية وبهما ياخذ وقوله تعالى وما ملكت ايمانكم فرع الحل فيحمل الظاهر من عثمان رضي الله عنه رجع الى قول الجمهور وان لم يرجع فالاجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وانما يتم اذا لم ينعقد خلاف اهل الظاهر وبتقدير عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كان يومن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وفي الباب احاديث كثيرة

فان تزوج اخت امة له قد وطيها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان له يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة الجمع اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطيا ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطي المملوكة لعدم الجمع وطيا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق

منهما ما في الصحيحين عن ام حبيبة قالت يا رسول الله انكح اختي الحديث الى ان قال انها لا تحل لي وحديث ابي داود عن الترمذي عن ابي وهب الجيشاني انه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن ابيه فيروز الديلمي قال قلت يا رسول الله اني اسلمت وتحتي اختان قال طلق ايتهما شئت قال الترمذي حسن غريب وصححه البيهقي وابن حبان ولفظ ابي داود واختر ايتهما شئت قوله فان تزوج اخت امته قد وطيها صح النكاح خلافا لبعض المالكية وجه قولهم ان المنكوحة موطوءة حكما باعتراكم فيصير بالنكاح جامعا وطيا حكما وهو باطل باعتراكم لانكم علمتم عدم جواز وطي الامة وان لم يكن وطي المنكوحة يلزم الجمع وطيا حكما وقلتم ان حكم وطي الامة السابق قائم حتى استحب له لو اراد بيعها ان يستبرئها وما قيل حال صدور العقد لا يكون جامعا وطيا بل بعد تمامه فان ذلك حكمه فيتعقبه ليس ببارع فان صدوره من اهله مضافا الى محله وان كان ليس جمعا في نفسه لكنه يستلزمه حيث كان لكن هو حكمه وهو لازم باطل شرعا وملزوم الباطل باطل فالعقد باطل وقد يوجد في صفحات كلامهم مواضع علل المنع فيها بمثله وقد يجاب بان هذا لازم بيده ازالته فليس لازما على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة ويمنع من الوطي بعد بالقيام اذ ذاك قوله ولا يطأ الامة الحاصل انه لا يطأ واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الامة على نفسه بسبب كبيع للكل او البعض والهبة مع التسليم والاعتاق او بالكتابة والتزويج وعن ابي يوسف رده لا تحل المنكوحة بالكتابة وعنه لو ملك فرجها غير لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعد وطيها لاحتمال كونها حاملا منه فعلى هذا لو حاضت بعد الوطي قبل التمليك حلت المملوكة بمجرد التمليك ووجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود ومن هنا قال الشافعي ومالك واحمد رده تحل المنكوحة قبل تحريم المرقوقة بسبب لان حرمتها وطيها قد ثبت بمجرد العقد فلا حاجة الى شرط التحريم بسبب آخر واجيبوا بان حكم الوطي المرقوقة قائم حتى لو اراد بيعها استحب له ابراؤها قبل الوطي يكون جامعا وطيا حكما واطلاق الآية يمنعه هذا كلامهم وهو مصرح بما وعدناه آنفا وهذا اذا كان النكاح صحيحا بخلاف الفاسد لا اذا دخل بالمنكوحة فيقع تحريم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لانه وطي معتبر تترتب الاحكام عليه قوله لان المرقوقة ليست موطوءة حكما لان ملك اليمين لم يوضع للوطي بخلاف النكاح ولهذا لا يثبت نسب ولدها الا بدعوة فرع لو اشترى اختين ليس له وطيهما فان وطي احديهما او لمسها بشهوة لم يحل له وطي الاخرى حتى يحرم الاخرى بسببه ولو وطيهما ثم ثم لا تحل له وطي واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب ولو باع احديهما او وهبهما او زوجهما ثم ردت المبيعة او رجع في الهبة او طلقت المنكوحة او انقضت عدتها لم يحل وطي واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب كما كان اولا قوله فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما الاولى فرق بينه وبينهما هذا التفريع على حرمة الجمع وقيد بعقدتين اذ لو كانا في عقدة بطلا اتفاقا وبعدم علم الاولية اذ لو علم صح النكاح الاول وبطل الثاني وله وطي الاولى الا ان يطأ الثانية فتحرم الاولى الى انقضاء عدة الثانية كما لو وطي اخت امراة بشبهة حيث تحرم امراته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة وفي الدراية عن الكامل لو زنى باحد الاختين لا يقرب الاخرى حتى تحيض الاخرى حيضة وهذا مشكل والله سبحانه اعلم قوله ولا وجه للتعيين لعدم الاولوية طولب بالفرق بين هذا وما اذا طلق احدى نسائه لا بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل اجيب بامكانه هناك لانهما لان نكاحهن كان متيقن الثبوت فلان يدعي نكاح من شاء بعينه منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها فدعواه تمسكا بما لم يتحقق ثبوته قوله ولا الى التنفيذ مع التجهيل اي تنفيذ نكاحهما مع جهل المحللة منهما لانه تنفيذ الجمع بين الاختين او تنفيذ نكاح احديهما مع تجهيلها بان ينفذ الاحد الدائر بينهما لعدم الفائدة وهو حمل الاستمتاع اذ لا يقع الا في معينة ولا حل في المعينة او للضرر عليه بالزامه النفقة وسائر الواجب مع عدم حصول المقصود وعليها الصيرورة بها معلقة لا ذات بعل في حق الوطي ولا مطلقة ولتطر الاولى لوقوع تعيينه لغوا بما وهي الصحيحة والثانية لوقوعها

ولها نصف المهر لانه وجب للأولى منهما والعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما
وقيل لابد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى واصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة
وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا
على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله
ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة

في الوطء الحرام وفي هذا نظر اذ لا ضرر سيما في الدنيا وهو ظاهر ولا في الآخرة لعدم قصد التحالف الاثم ولو قال للضرر بالولد كان اولى لان كلا منهما لازم فتستند ث الجهالة فتعين التفريق والظاهر انه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك فان وقع قبل الدخول فلان يتزوج احداهما شاء لجهالة او بعده بها فليس له بأي واحدة منهما شاء حتى تنقضي عدتهما وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فلتتزوج التي لم تنقض عدتها دون الاخرى كيلا يصير جامعا وان بعده بها فلها ان تتزوج في الحال دون الاخرى فان عدتها تمنع من تزوج اختها قوله لها نصف المهر المسمى لهما بناء على ان التفريق قبل الدخول مع تساوي مهرها جنسا وقدرا سواء بر بنت كل على انها سابقة او واحدة فقط اما لو قالت لا ندري السابقة منا لم يقض لشيء فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهرها كاملا وفي النكاح الفاسد يقضي بمهر كامل وعقر كامل يجب جملة على ما اذا تحد المسمى لهما قدرا وجنسا اما اذا اختلف فتعذر ايجاب عقر واحد اما احداهما او لهما بجعلها ذات العقرين من الاخرى لانه فرع الحكم بانهما الموطوءة في النكاح الفاسد بذا مع ان الفاسد ليس حكم الوطء فيه اذا سمي فيه العقر بل الاقل من المسمى ومهر المثل ولو اختلفا جنسا وقدرا يقضي لكل بربع مهرها وان لم يكن في العقد تسمية تجب متعة واحدة لهما بدل النصف المهر وكل هذه الاحكام المذكورة بين الاختين نشأت من كل من لا يجوز جمعه من المحارم والتعليل المذكور لقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما اي دعواها انها الاولى او يصطلحان بان يقول نصف المهر لنا عليه لا يعدو ناقتصر على اخذه وذكر المشايخ يندفع به قول ابي يوسف انه لا شيء لهما لجهالة المقضي لها فهو كما لو قال لاحد بدرين عندي الف لا يقضي لشيء لجهالة المقضي له وعن محمد ان عليه مهرا كاملا بينهما نصفان لان الزوج اقر بجواز نكاح احدهما فيجب مهر كامل وجوابه انه يستلزم ايجاب القضاء بما تحقق عدم لزومه فان ايجاب كمال حكم الموت او الدخول قوله ولا يجمع بين امرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها تكرار لغير داع الا ان يكون المبالغة في نفي الجمع بخلاف ما في الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي وذلك لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها او خالتها منع القلب بجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الاخ والاخت عليهما دون او خالها على الابنة لزيادة تكررها على الابنة قال صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الام في الصحيحين وليست حرمة نكاح الابنة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك بخلاف المذكور في الكتاب فانه لم يذكره الا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك الوهم وهذا ظاهر وغير هذا الحديث الذي ورد بلفظ الجمع لم يرد فيه على قول لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها انتهى في الصحيح قوله وهذا مشهور اعني الحديث المذكور ثابت في صحيحي مسلم وابن حبان رواه ابو داود والترمذي والنسائي وبلفظه الصدر الاول بالقبول من الصحابة والتابعين رواه الجم الغفير منهم ابو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وابو سعيد الخدري فتجوز الزيادة به على الكتاب يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم للزيادة المصطلحة من تقييد المطلق مع ان العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبناته من الرضاعة فلو كان من اخبار الاحاد جاز التخصيص ايضا غير متوقف على كونه مشهورا والظاهر انه لا بد من اوجار الشهرة لان الحديث موقعة النسخ لا التخصيص لان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات ناسخ لعموم قوله تعالى واحل لكم اذا لو تقدم لزم نسخه بالآية فيلزم حمل المشركات وهو منتف او تكرار النسخ وحاصله خلاف الاصل بيان الملازمة انه يكون لسابق حرمة المشركات ثم نسخ بالعام وهو احل لكم ما وراء ذلكم يجب تقدير ناسخ آخر لان الثابت الآن الحرمة قوله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يجز ان يتزوج بالاخرى شرع بعد ذكر ذلك الفرع باصل كلي يخرج عليه هو وغيره وكرمة الجمع بين عمتين وخالتين وذلك ان يتزوج كل من رجلين ام الآخر فيولد لكل منهما بنت فيكون كل من البنتين عمة الاخرى او يتزوج كل من رجلين بنت الآخر فيولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة للاخرى فيمتنع الجمع بينهما والدليل على اعتبار

والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع نحرم لما روينا من
قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأته وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز
لان ابنة الزوج لو قدرت ذكرا لا يحل له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورت ذكرا جاز له التزوج
بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وبنتها وقال الشافعي لا يوجب حرمة المصاهرة لانه
بالخطور

الاصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله فانهم ان فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم وروى ابو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح المراة على قرابتها مخافة القطيعة فاوجب تعدي الحكم المذكور وهو حرمة الجمع الى كل قرابة ليفرض وصلها وهي ما تضمنه
الاصل المذكور وبه ثبتت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البتي على ما نقل عنه وداود الظاهري في اباحة الجمع بين غير الاختين وقد روي في خصوص العمتين
والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كره ان يجمع بين العمة والخالة وبين العمتين
والخالتين وان تكلم في خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مويد قوله والقرابة المحرمة للنكاح اي بمقتضى آية المحرمات محرمة للقطع على اسم الفاعل فيهما وفي الجمع
القطع فلا يحل وفي بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول في الثاني اي انما حرمت للقطع فانه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفضي الى القطيعة
فلذلك حرمت تلك القرابات المنصوص عليهن في الآية اعني حرمت عليكم امهاتكم الى آخرها على الرجل وان كان في بعضها غير ذلك ايضا كما في ملك الاحرام الزوجية
للامهات والعمات والخالات بالاقتراش فيكون ادراجه في القطيعة والاشكال ان الجمع افضى اليه لاكثرية المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع اولى من حرمة الافضاء لذلك
قوله ولو كانت المحرمية بينهما اي بين المرأتين بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما روينا من قبل وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
ولا يجوز ان يجمع بين الاختين من الرضاع او امراة وابنة اخيها من الرضاع لانها عمتها او امراة وابنة اختها من الرضاع لاضافتها الى الرضاع قوله لان
لا قرابة بينهما ولا رضاع يعني ان الموجب للاصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكرا حرم عليه الاخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها
او الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه حتى لا يجوز ان يجمع بين اختين من الرضاع او عمة او خالة وابنة اخ او اخت من الرضاع وكذا كل محرمية
بسبب الرضاع وكلاهما متحقق في الربيبة وزوجة الاب فكان تحريم الجمع بينهما قولا لا بد ليل وبهذا اعني مسئلة الجمع بين الربيبة وزوجة ابيها ما اتفق عليه الائمة
الاربعة وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجته علية وبنته ولم ينكر عليه احد من اهل زمانه وهم الصحابة والتابعون وهو دليل ظاهر على الجواز اخرجه
الدارقطني عن قتيبة مولى ابن عباس رض قال تزوج عبد الله بن جعفر بنت علي وامراة علي رض وذكره النجاري تعليقا قال وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامراته وتعليقاته
صحيحة قال ابن سيرين وكرهه الحسن مرة ثم قال لا باس به وقد مناقريبا انه لا باس ان يتزوج الرجل امراة ويتزوج ابنتها او بنتها لانه لا مانع وقد تزوج محمد ابن الحنفية
الرجل امراة وزوج ابنته بنتها قوله ومن زنا بامراة حرمت عليه امها وان علت فتدخل الجدات بناء على ما قدمنا من الام هي الاصل لغة وانها وان سفلت
وكذا تحريم المزني بها على ابيه الزاني واجداده وان علوا وابنائه وان سفلوا هذا اذا لم يفضها الزاني فان افضاها الا تثبت هذه الحرمات لعدم تيقن كونه في الفرج
الا اذا حبلت وعلم كونه منه وعن ابي يوسف اكره له الام والبنت وقال محمد التزاهب الي ولكن لا افرق بينه وبين امها وقد يقال اذا كان الميل بشهوة
تنتشر بها الآلة محرما يجب القول بالتحريم اذا افضاها ان لم ينزل وان انزل فعلى الخلاف الآتي وان انتشر به او زاد انتشاره كما في غيره والجواب ان العلة
هو الوطي السبب للولد وتثبت الحرمة بالمس ليس الا لكونه سببا لهذا الوطي ولم يتحقق في صورة الافضاء ذلك ولم يتحقق كونه في القبل ولا بد من كونها
مشتهاة حالا او ماضيا وعن ابي يوسف اذا وطي صغيرة لا تشتهى تثبت الحرمة قياسا على العجوز الشوهاء ولهما ان العلة وطي سبب للولد وهو منتف في الصغيرة
التي لا تشتهى بخلاف الكبيرة بجوازه وقوعه لابراهيم وزكريا عليهما السلام ولانه ان يقول الامكان العقلي ثابت فيهما والعادي منتف عنهما وتساويا لم تقصد الجواب
على خلاف العادة لا توجب ان التبوت العادي ولا يخرجان العادة عن النفي ولا يتعلق بالوطي في الدبر حرمة خلافا لما عن الاوزاعي واحمد وجهه ما تضمنه الجواب
المذكور وبقولنا قال مالك في رواية واحمد خلافا للشافعي ومالك في اخرى وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الاصح وعمران بن حصين وجابر

ولنا ان الوصي سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام لانه موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطي محرم من حيث انه سبب لولده من حيث انه بانيا

وابي وعائشة وجمهور التابعين كالبصري والشعبي والنخعي والاوزاعي وطاوس وعطاء ومجاهد وعطاء وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وحماد والثوري واسحق بن راهويه ولو ولدت منه بنتا بان زنى ببكر واسلمها حتى ولدت بنتا حرمت عليه هذه البنت لانها بنته حقيقة وان لم ترثه ولم تجب نفقتها عليه لم تصر امهاتها امهات اولاده لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فان المراد الولد الذي يترتب عليه احكام الشرع الا ان حكم الحرمة عارضه فيه قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والمعروفة من مائه بنته حقيقة لغة ولم يثبت نقل في اسم البنت والولد شرعا واتفاق على حرمة الابن من الزنى على امه فعلمنا ان حكم الحرمة مما اعتبر فيه جهة الحقيقة ثم هو الجاري على المعهود من الاحتياط في امر الفروج وحرمة البنت من الزنى قال مالك في المشهور واحمد خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اخته من الزنى وبنت اخيه او ابنه منه بان زنى ابوه او اخوه او اخته او ابنه فاولد وا بنتا فانها تحرم على الاخ والعم والخال والجد وقوله ظاهر من الكتاب قوله ولنا ان الوطي سبب الحرمة اعلم بان الدليل يتم بان يقال هو وطي سبب للولد فيتعلق به التحريم قياسا على الوطي الحلال بناء على انه وصف الحل في المناط وهو يعتبره هذا امنشاء الافتراق ونحن نبين انتفاءه شرعا بان وطي الامة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها وامة المجوسية والحائض والنفساء ووطي المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة فعلم ان المعتبر هو الاصل هو ذات الوطي من غير نظر لكونه حلالا او حراما وما رواه من قوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحرام غير مجرى على ظاهره ارايت لو بال او صب خمرا في ماء قليل محلوك الم يكن حراما مع انه يحرم استعماله فيجب كون المراد ان الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراما ويحتج بقولنا بموجبه اذا لم نقل باثبات الزنى حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطاء هذا لو صح الحديث لكن حديث ابن عباس ثم ضعف بعثمان بن عبد الرحمن الوقاصي على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب وقال البخاري والنسائي وابو داود ليس بشيء وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال في اسناده اسحق بن ابي فروة وهو متروك وحديث عائشة ضعف بانه من كلام بعض قضاة العراق قاله الامام احمد وقيل من كلام ابن عباس رضي الله عنه وخالفه كبار الصحابة وقد استدل بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء بناء على ان المراد بالنكاح الوطي اما لانه الحقيقة اللغوية او مجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا وانما الفاحشة الوطي لا العقد ويمكن منع هذا بل نفس لفظ الذي وصفه الشارع لاستباحة الفرج اذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء اي المعقود عليهن لهم بعد ما جعله الله قبيحا تقبيحا وقد منا للصاهرة اعتبارا بالآية ودليلا على تحريم المعقود عليها للاب وقد روى اصحابنا احاديث فيه منها قال رجل يا رسول الله اني تزوجت امراة في الجاهلية افانكح ابنتها قال لا اري ذلك ولا يصح ان تنكح امراة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها وهو مرسل ومنقطع وفيه ابو بكر بن عبد الرحمن بن ابنة حكيم ومن طريق ابن وهب عن ابي يوسف عن ابن جريج ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل ان يدخل بها لا يتزوج ابنتها وهو مرسل ومنقطع الا ان هذا لا يقدح عندنا اذا كانت الرجال ثقات فالحاصل ان المنقولات تحكمات وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور مغالطة فان النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لانه تضييق وعدا التسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه بل من حيث هو يترتب على المصاهرة فحقيقة النعمة هي المصاهرة لانها هي التي تصير الاجنبي قريبا عضدا وسندا عدا يتهم ما اهمك ولا مصاهرة بالزنا فالصهر زوج البنت مثلا لا من زنى ببنت الانسان فانتفى الصهرية وفائدتها ايضا اذ الانسان نفر عن الزنى ببنته فلا يتعرف به بل يعاديه فانا نتفع به فالمرجع القياس وقد بينا فيه انفاء وصف زائد على كونه وطاء وظهر ان حديث الجزئية واضافة الولد الى كل منها كملا لا يحتاج اليه في تمام الدليل الا ان الشيخ ذكره بيانا لحكمة العلة يعني ان الحكمة في وجوب الحرمة بهذا الوطي كونه سببا للجزئية بواسطة الولد المضاف الى كل منها كملا وهو ان الفضل فلابد من اختلاطها ولا يخفى ان الاحتياط

ومن مس امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها

يحتاج تحققه الى الولد والام تثبت الحرمة بوطئ غير معلق او الواقع خلافه فتضمنت جزوه والاستمتاع بالجزء حرام لقوله صلى الله عليه وسلم لا كبير ملعون لا في موضع الضرورة وهي المنكوحة والا لاستلزم البقاعة تزوجا عظيما تضيق عنه الاموال والنساء واذا تضمنت جزوه صارت امهاتها كامهاته وبناتها كبناته فيحرمن عليه كما تحرم امهاته وبناته حقيقة وتقول هو لاوجه ان بالانفصال لا تنقطع نسبة الجزئية وهي المدار وعند عدم العلوق غايته ما يلزم لون المظنة غاية من الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالملك المرد قوله ومن مس امرأة بشهوة اي بدون حائل او بحائل رقيق يصيب حرارة البدن الى اليد وقيل المدار وجود الحجم وفي مس الشعر روايتان ونقل فيه خلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك ويشترط كونها مشتهاة حالا او ماضيا فلو مس عجوزا لشهوة او جامعها تثبت الحرمة وكذا اذا كانت صغيرة تشتهى قال ابن الفضل بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس فما دونها لا بلا تفصيل وبنت ثمان وسبع او ست ان كانت جسيمة كانت مشتهاة والا فلا وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن اربع سنين زوجة ابيه لا تثبت حرمة المصاهرة وهذا واحد منا من قريب ولا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا او ناسيا او مكرها او مخيلا حتى لو ايقظ زوجة ليجامعها فوصلت يده الى بنت منها فقبلها بشهوة وهي ممن تشتهى يظن انها امها حرمت عليه الام حرمة مؤبدة ولكان تصورها من جانبها بان ايقظته بي كذلك فقرصت ابنها منه وقولا بشهوة في موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس فلو مس لغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه وما ذكر في حد الشهوة من ان الصحيح ان تنتشر الا الاذكر او تزداد انتشارا هو قول السرخسي رحمه وشيخ الاسلام وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى ان يميل قلبه ويشتهي جماعها وفرع عليه لو انتشر فخطب امرأة فاوجب بين فخذي بنتها خنثار لا يحرم عليه الام ما لم يزدد الانتشار ثم هذا الحد في حق الشاب اما الشيخ والعنين فحدهما تحرك قلبه او زيادة تحركه ان كان متحركا لا مجرد ميلان النفس فانه يوجد فيمن لا شهوة له اصلا كالشيخ الفاني والمراهق كالبالغ حتى لو مس واقرانه بشهوة تثبت الحرمة عليه وكان ابن مقاتل لا يفتي بالحرمة على هذين لانه لا يعتبر الا تحرك الآلة ثم وجود الشهوة من احدهما كاف ولم يجدوا والحد المحرم منها في حق الحرمة واقله تحرك القلب على وجه يشوش الخاطر هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بان يصدقها او يقع في اكبر رايه فصدقها وعلى هذا ينبغي ان يقال في مسها اياها لا تحرم على ابيه وابنه الا ان يصدقا او يغلب على ظنهما صدقه ثم رايت عن ابي يوسف انه ذكر في الامالي ما يفيد ذلك قال امرته قبلت ابن زوجها وقالت كان عن شهوة ان كذبها الزوج لا يفرق بينهما ولو صدقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر ان كان قبل الدخول ويرجع به على الاب ان تعمد الفساد ولو وطيها الابن حتى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لا يرجع على الابن لانه وجب الحد بهذا الوطئ فلا يجب المهر وتقبل الشهادة على الاقرار بالمس والتقبيل بشهوة ولو اقر بالتقبيل وانكر الشهوة ولم يكن انتشار في بيوع الاصل والمنتقى يصدق وفي مجموع النوازل لا يصدق لو قبلها على الفم قال صاحب الخلاصة وبه كان يفتي الامام خالي وقال القاضي الامام يصدق في جميع المواضع حتى ايته اقتى في المرأة اذا اخذت ذكر المنتن في الخصومة فقالت كان عن غير شهوة انها تصدق انتهى ولا اشكال في هذا فان وقوعه في حالة الخصومة ظاهر في عدم الشهوة بخلاف ما اذا قبلها منتشرا فانه لا يصدق في دعوى عدم الشهوة والحاصل انه اذا اقر بالنظر وانكر الشهوة صدق بلا خلاف وفي المباشرة اذا قال بلا شهوة لا يصدق بلا خلاف فيما اعلم وفي التقبيل اذا انكر الشهوة اختلف فيه قيل يصدق لانه لا يكون عن شهوة غالبا الا ان يظهر خلافه بالانتشار ونحوه وقيل يقبل وقيل يفصل بين كونه على الرأس والجبهة والخد فيصدق او على الفم فلا والاول اوجه هذا الا ان الخد يراد الحاقه بالفم ويحمل ما في الجامع في باب قبول ما يقام عليه البينة ان هذا المدعي تزوج امها او قبلها او لمسها بشهوة على ان قوله بشهوة قيد في اللمس والتقبيل بناء على ارادة القبلة على الفم ونحوه وفي اللمس

وقال الشافعي لا يحرم وعلى هذا الخلاف مس امرأة بشهوة ونظره إلى فرجها ونظرها إلى ذلك عن شهوة لأن اللمس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم ولا الإحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط لقوة المس بشهوة أن ينتشر الآلة أو تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر للنظر إلى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك إلا عند الكشف أو لمس فانزل فقد قيل إنه يوجب الحرمة والصحيح أنه لا يوجبها لأنه بالانزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء وعلى هذا إتيان المرأة في الدبر وإذا طلق امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا لم يجز له أن يتزوج بأختها

فقط إن أريد غير الفم ونحوه والحاصل أن الدعوى إذا وقعت الظاهر قبلت والا ردت فيراعى الظهور في المحيط لو كان لرجل جارية فقال وطئتها لا تحل لابنه وإن كانت في غير ملكه تحل لابنه إن كذبه لأن الظاهر يشهد له قوله وقال الشافعي لا يحرم قيل عليه إن ثبوت الخلاف مستفاد من المسألة السابقة بطريق أولى فلا حاجة إلى نقله مرة أخرى أجيب بأن المس المتكلم فيه هنا مفروض في الحلال وإن كان لا تفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت الخلاف في المس الحلال لا يوقف عليه بالسابقة ولا بد من فرض كون المحسوس امرأة على ما في شرح الجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظور إليها يعني التي فيها خلاف الشافعي لأنه يبيحه لأنه إما أن يراد المنكوحة أو الأجنبية أو الأمة لا سبيل إلى الأول لأن أم المنكوحة حرمت بالعقد وبنتها بالنظر والمس لأن حرمتهما جميعا بالنظر والمس فلا يستقيم في المنكوحة الفائدة تحريم الربيبة دون الأم ولا سبيل إلى الأجنبية لأن الدخول بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعي قوله والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل وعن أبي يوسف النظر إلى منابت الشعر محرم وقال محمد ينظر إلى الشق وجه ظاهر الرواية أن هذا الحكم يتعلق بالفرج والداخل فرج من كل والخارج فرج من وجه وإن الاحتراز عن النظر إلى الفرج الخارج متعذر وسقط اعتباره انتهى وقائل أن يمنع الثاني ويقول في الأول قد تقدم للمصنف في فصل الغسل من أول الكتاب ما إذا انفتق نظيره إلى هنا كان هذا التعليل موجبا للحرمة بالنظر إلى الخارج وهو قوله ولنا أنه متى وجب من وجه فالاحتياط في الإيجاب والموضع الذي نحن فيه موضع الاحتياط وقد يجاب بأن نفس الحكم وهو التحريم بالمس ثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط في الاحتياط فروع النظر من وراء الزجاج إلى الفرج محرم بخلاف النظر في المرآة ولو كانت في الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه تثبت الحرمة ولو كان من على الشط فنظر في الماء فرأى فرجها لا يحرم كان العلة واسد علم أن المرئي في المرآة مثاله لا هو وبهذا علم أنه لو حلف لا ينظر إلى وجه فلان فنظره في المرآة والماء وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئي بخلاف المرآة والماء ومن الماء وهذا ينفي كون الإبصار من المرآة والماء بواسطة انعكاس الأشعة والأكراه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيها بخلاف المرئي في الماء لأن البصر ينفذ فيه إذا كان صافيا فيرى نفس ما فيه وإن كان لا يراه على الوجه الذي هو عليه ولهذا كان له الخيار إذا اشترى سمكة رآها في الماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئي فيه في فن آخر ثم شرط الحرمة بالنظر أو المس أن لا ينزل فإن أنزل فقال الأزوجندي وغيره يثبت لأن بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة والانزال لا يوجب شيئا بعد الثبوت والمختار لا يثبت كقول المصنف وشمس الأئمة والبزدوي بناء على أن الأمر موقوف حال المس إلى ظهور عاقبته إن ظهر أنه لم ينزل حرمت وإلا لا والاستدلال واضح في الكتاب إلا أن قاضيخان إذا نيط الحكم بالمسبب إنما يكون لخفاء المسبب وإلا فهو تعليق لغير المناط لغير حاجة والأولى أو عاكون المناط شرعا نفس الاستمتاع بحيل الولد للنظر والمس نظرا إلى أن الآثار جاءت بالحرمة في اللمس ونحوه وقد روى في الغاية السمعانية حديث أم هانئ عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها وفي الحديث ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها وعن عمر رضي الله عنه أنه جرد جارية ونظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال إنها لا تحل لك وهذا إن تم كان دليلا لأبي يوسف في كون النظر إلى منابت الشعر كاف وعن ابن عمر قال إذا جامع الرجل المرأة وقبلها أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها وعن مسروق أنه قال سوءا جارية بنده أما إني لم أصب منها إلا ما يحرمها على ولدي من المس والقبلة قوله لم يجز أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها وفي المبسوط لا تتزوج المرأة في عدة أختها من نكاح فاسد ولا جائز عن طلاق بائن وقال الشافعي رحمه الله إن كانت العدة عن طلاق بائن جاز وعلى هذا الخلاف تزوج أربع سوى المعتدة عن بائن يقول قال مالك رحمه الله وبقولنا قال أحمد وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم ذكر سليمان بن يسار عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والنخعي وروي ذلك عن زيد بن ثابت فإن الإمام أبا يوسف ذكر في الأمالي

حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز انقطاع
النكاح بالكلية اعماله للقاطع ولهذا الوطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى
قائم لبقاء لحكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب
على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك
قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا

رجوع زيد رضي الله عنه عن هذا القول وكذا ذكره الطحاوي رحمه الله عن مروان شاور الصحابة رضي الله عنهم في هذا واتفقوا على التفريق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم وقال عبيدة ما اجتمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الاخت في عدة الاخت والحافظة حجة اربع قبل الاجتماع ثم ان محل النزاع نتجاذبه اصلان الطلاق الرجعي ما بعد انقضاء العدة فقاس البائن على الثاني في جامع انقطاع النكاح اعمالا للقاطع وهو الطلاق البائن ويدل على انقطاعه انه لو وطيها عالما بالحرمة حد وقسنا على الاول بجامع قياس النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية وهذا لانه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجية فضلا عن حالة وقوع الطلاق الرجعي لاقيام احكامه الا ان لفظ تزوجت وزوجت ثلاثا يجر والقضاء فقيامه بعده ليس الا قيام حكمه الراجع الى الاختصاص استمتاعا وامساكا وقد بقي الامساك والفراش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فبقي النكاح من وجه واذا كان قائما من وجه حرم تزوج اختها واربع سواها من وجه فتحرم مطلقا الحاقا بالرجعي او بما لا يحصى من الاصول التي اجتمع فيها جهتا تحريم واباحة مع وجوب الاحتياط في امر الفروج ويخص تزوج الاخت في عدة الاخت دلالة النص المانع من الجمع بين الاختين فانه علل فيه بالقطيعة وهي هنا اظهر والزم فان مواصلة اختها في حال حبسها بلا استماع اغيظ لها من مواصلتها مع مشاركتها في المتعة والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع فان الحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه معتدة عن طلاق ثلث جات بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره ففيه دليل على انه لو اقر به ثبت ويستلزم ان الوطي في عدة الثلث ليس زنا مستعقبا الوجوب الحد والا لما ثبت نسبه فكان ذلك رواية في عدم الحد وان سلم كما في عبارة كتاب الحدود ففيه ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما سمعته وانما قلنا اثر النكاح قائم من وجه وبه تحرم الاخت من وجه وبه تحرم مطلقا وفي المجتبى جواز نكاح الاخت في عدة الاخت يؤدي الى جمع ماء في رحم اختين لجواز العلوق بعد النكاح وتثبت في المعتدة السببية الى سنتين وهو ممتنع بالحديث انتهى يعني قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين ومثله لو علقها بالطلقة قبل الطلاق ثم دخل باختها بعده يلزم ما ذكر ايضا فروع الاول اذا اخبر المطلق عن المطلقة انها اخبرته ان عدتها انقضت فانما تحل المدة اولا لا يصح نكاحه اختها في الثاني لانه لا يقبل قولها ولا قوله الا ان يفسره بما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق وفي الاول يصح نكاح اختها سواء اسكنت الجر عنها او صدقته او كذبته او كانت غائبة وقال زفر اذا كذبته لا يصح نكاح اختها لانها امينة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولدها اذا اتت به ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة القول بقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح ولنا انه اخبر عن امر ديني بينه وبين الله تعالى وهو محتمل فيجب قبوله في الحال وتكذيبها لا ينفع الا في حقها فعلمنا ببقاء النفقة بخلاف نكاح الاخت لاحق لها فيه فلا تقبل فيه ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم بقيام العدة والفراش كالاختين المملوكتين بخلاف ما اذا ولدت فان من ضرورة القضاء نسبة الحكم باستناد العلوق فيتيقن بكذبه ثم قال في الاصل هنا ان مات لم ترثه وكان الميراث للاخرى وذكر في كتاب الطلاق الميراث للاولى دون الاخرى ولكن موضع المسئلة فيما اذا كان مريضا حين قال اخبرتني ان عدتها انقضت وكذبته وانما تحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث اذا كان الطلاق رجعيا فاما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للاولى وان لم يخبر الزوج بها وفي كتاب الطلاق لما وضع المسئلة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في ابطال حقها بما في نفقتها وهنا وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله فكان قوله مقبولا في ابطال ارثها بوضوح ان بقبوله ذلك اخبر ان الواقع صار بائنا فكأنه ابانها في صحته فلا ميراث لها ولو ابانها في مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول ابي حنيفة لان عنده يجوز تعليل الرجعي بائنا خلافا لهما ومتى كان الميراث للاولى فلا ميراث

ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ما شرع الا لمثمراته مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اى العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله

الثانية الثاني لو اعتق ام ولده لم يحل له تزوج اختها حتى تنقضي عدتها ويحل له سواها عنده وعندها تحل الاخت ايضا قياسا على تزوج الاربع ولان حقيقة الملك لما لم تمتنع فكيف بالعدة وانما هي اثره وابو حنيفة رحمه الله يفرق بضعف الفراش قبل العتق وقوته بعده الا ترى انه كان يتمكن من تزوجها قبله لا بعده فلو تزوج حتى تنقضي فلو تزوج اختها بعد العتق كان مستلحقا نسب ولدي اختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الاربع سواها او فخاتية انجح بين فرش الخمس الثالث لو زوج المريض اذا اخذت بدار الحرب تزوج اختها قبل انقضاء عدتها كما اذا ماتت لانه لا عدة عليها من المسلم للتباين فان عادت مسلمة فانها بعد تزوج الاخت او قبله ففي الاول لا يفسد نكاح الاخت لعدم عود العدة وعند ابي يوسف تعود العدة وفي ابطال نكاح اختها عنه روايتان في الثاني لذلك عند ابي حنيفة رح لان العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد وعندهما ليس له تزوج الاخت وعود بالسلمة يصير شرعا لما قدمنا كالغيبة الا يرى انه يبدأ باليها ما لها فتعود معتدة قوله

ولا يتزوج المولى امته ولو ملك بعضها ولا المرأة عبدها وان لم يملك سوى سهم واحد منه وقد حكى في شرح الكنز الاجماع على البطلان وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية

قوله لان النكاح ما شرع الا لمثمراته مشتركة بين المتناكحين اى في الملك عنها ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصن عن غيره ومنها ما يكون الملك في كل منهما مشتركا كالاستمتاع مجامعة ومباشرة والولد في الاضافة والملوكية تنافي المالكية فقد تنافت لازم عقد النكاح ومنافي اللازم منافٍ للملزوم ولا وجه اذا تأملت بعد هذا التقرير للسؤال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لان الغرض ان لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من ملك الامور على الخلوص والرق يمنعه من غير النفقة فناقاه ولو اشترت زوجها او شيء منه فسد النكاح ويسقط المهر كما لو دائن عبدا ثم اشتراه سقط الدين لانه لا يثبت للمولى على عبده دين ويجوز تزوج الكتابيات والاولى ان لا يفعل ولا يأكل ذبيحتهم الا لضرورة وتكره الكتابية الحربية اجماعا لانفتاح باب الفتنة من امكان التعلق المستدعي للمقام معها في دار الحرب وتعريض الولد على التخلق باخلاق اهل الكفر وعلى الرق بان يسبى وهي جبلي فيولد رقيقا وان كان مسلما والكتابي من يقر بنبي ويؤمن بكتاب والسامرية من اليهود امامن امن بزبور داود وصحف ابراهيم وشيث فهم اهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا ثم قال في المستصفى قالوا هذا يعني الحل اذا لم يعتقده المسيح آلها اما اذا اعتقده فلا وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان لا يأكلوا ذبائح اهل الكتاب اذا اعتقدوا ان المسيح آله وان عزيرا آله ولا يتزوجوا نساءهم وقيل عليه الفتوى ولكن بالنظر الى الدلائل ينبغي ان يجوز الاكل والتزوج انتهى وهو موافق لما في رضاع مبسوط شمس الائمة في ذبيحة النصراني حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة او لا وموافق لاطلاق ما في الكتاب هنا والدليل وهو قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فسره بالعفائف احترازا عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ولذلك منع ابن عمر رضه من تزوج الكتابية مطلقا لانه رأها في المشركة قال تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى ان قال سبحانه وتعالى عما يشركون قلنا وقد قيل ان القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا الا كلهم وهو ديارنا يصرحون بالتنزيه عن ذلك والتوحيد واما النصارى فلم ار الا من يصرح بالابنية فمجرد الدعوى لكن هذا يوجب نصرة المذهب المفصل في اهل الكتاب فانا من اطلق حلهم فيقول مطلق لفظ المشرك اذا ذكر في لسان الشارع لا ينصرف الى اهل الكتاب وان صح لغة في طائفة بل طوائف واطلق لفظ الفعل اعني يشركون على فعلهم كما ان من رأى لعلة من المسلمين فلم يعلل الا لاجل زيد يصح في حقه انه مشرك لغة ولا يتبادر عند اطلاق الشارع لفظ المشرك ارادته لما عهد من ارادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي وكتاب ولذلك عطفهم عليه في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين منفكين نصوص على علمهم بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اى العفائف منهن وتفسير المحصنات بالمسلمات يفيد ان المعنى احل لكم المسلمات

ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم

ولا اكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر حتى يؤمن

من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فان كن قد انقرضن فلا فائدة اذ لا يتصور الخطاب بحل الاموات للمخاطبين الا احياء وان كن احياء دخلن في دين سيدنا ونبينا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحل ح معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين بل ويدخل في المحصنات المعطوف عليه وهو قوله والمحصنات من المومنات ثم تصير المعنى فيه والمسلمات من المومنات وهو بعيد في عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفائف ثم المراد من ذكره بعث الامناء على التخير لنظمه الا يرى ان العفة ليست شرطا في المومنات اتفاقا وان لم يدخلن فهو عين الدليل حيث اتى الكتاب بيانا للباقيات على ملتهن ولو سلم فهي منسوخة اعني ولا تنكحوا المشركات نسخت في حق اهل الكتاب المشاشين وغيرهم بآية المائدة وبقي من سواهم تحت المنع وذكره جماعة من اهل التفسير لان سورة المائدة كلها لم ينسخ منها شئ قط على ان تفسير المحصنات بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير ارادة لا لغة ويدل على الحاجة تزوج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم فمن المتزوجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر رض فقالوا انطلق يا امير المومنين وانما كان غضبه لمخالطة الكافرة وخوف الفتنة على الولد لانه في صغره الزم لامه وشغله قول مالك ثم يصير لشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع الا العدم احل الا ترى الى قولهم انطلق يا امير المومنين فلم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا وقف الى زينه وخطب المغيرة ابنة النعمن بن المنذر وكانت تنصرت وديرها باق الى اليوم ظاهر الكوفة وكانت قد عميت فابت وقالت اى رغبة بشيخ اعور في عجوز عمياء ولكن اردت ان تفتخر بنكاحي فتقول تزوجت بنت النعمن بن المنذر فقال صدقت وانشأ يقول ؎ ادركت ما منيت نفسي خاليا ؎ قد در كها يا بنة النعمان ؎ فلقد رددت على المغيرة ذهنه ؎ ان الملوك ذكية الاذهان ؎ فبى ابيات وكانت بعد ذلك تدخل عليه فينكرها ويسالها عن حالها فقالت ؎ بينا نسوس الناس والامر امرنا ؎ اذ نحن فيهم سوقة نتنصف ؎ فاف لدنيا لا يدوم نعيمها ؎ تقلب بالاناس دهرا فتصرف قولها نتنصف اى نتخدم والمنصف الخادم فاذا كان الامر على ما قررناه فلا جرم ان ذهب عامة الفقهاء الى تفسير المحصنات بالعفائف ثم ليست العفة شرطا بل هو للعادة او لندب ان لا تتزوجوا غير من كما اشرنا اليه آنفا والائمة الاربعة على حل الكتابية الحرة واما الامة الكتابية فكذلك عندنا وسيأتي الخلاف فيها قوله ولا يجوز تزوج المجوسيات عليه الاربعة ونقل الجواز عن داود وابي ثور ونقله اسحق في تفسيره عن علي رض بناء على انهم من اهل الكتاب فواقع ملكهم اخته ولم ينكر وعليه فاسري بكتابهم فنسوه وليس هذا الكلام بشئ لانا نفي بالمجوس عبدة النار نكاحا نهم كان لهم كتاب ولا لا اثر له فان الحاصل انهم الآن داخلون في المشركين وبهذا يستغني عن منع كونهم من اهل الكتاب بانه يخالف قوله تعالى انا انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا من غير تعقيب بانكار وعدهم المجوس يقتضي انهم ثلث طوائف وبتقدير التسليم فبالرفع والنسيان اخرجوا عن كونهم اهل كتاب يدل على اخراجهم الحديث المذكور وهو ما اخرجه عبد الرزاق وابن ابي شيبة عن قبيصة بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام فمن اسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم قال ابن القطان هو مرسل صحيح ارساله قبيصة بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن يحتفظ بالقضاء ورواه ابن سعد في الطبقات من طريق ليس فيها عن عبد الله بن عمر بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر الى ان قال بان لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم وفي سنده الواقدي وروى مالك في موطاه عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عمر بن الخطاب رض ذكر المجوس فقال ما ادري ما اصنع في امرهم فقال عبد الرحمن بن عوف اشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب انتهى وسياتي باقي ما فيه من الكلام في باب الجزية ان شاء الله تعالى قوله ولا الوثنيات وهي بالاجماع والنص وتدخل في الاوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحدثوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والاباحية وفي شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده لان اسم المشرك يشملهم جميعا وقال الرستغني لا يجوز المناكحة بين اهل السنة واهل الاعتزال والفضلي ولا من قال انا مومن ان شاء الله لانه كافر ومقتضاه منع مناكحة

ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب كما تقدم

الشافعية وانما نفسرها بهذا قيل يجوز وقيل يتزوج بنتهم ولا يزوجهم بنته ولا يخفى ان من قال انا مومن ان شاء الله تعالى فانما يريد ايمان الموافاة يعني يموت ان الذي يتبين عليه العبد انما اخبار عن نفسه بفعل في المستقبل او استحضار له فيتعلق به قوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله وعلى هذا فيكون ان شاء الله هنا شرطا لا كما يقال انه للتبرك وكيف كان لا يقتضي ذلك كفر غيره انه عندنا خلاف الاولى لان تعويد النفس بالجزم في مثله ليتصير ملكة خير من ادخال حاوة التردد في انه هل يكون مومنا عند الموافاة او لا واما المعتزلة فمقتضى الوجه حمل سنا كمتهم لان الحق عدم تكفير اهل القبلة وان وقع الزاما في المباحث بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفي العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون واقول وكذا القول بالايجاب بالذات ونفي الاختيار فرع تجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس بمعنى تزوج اليهودية او النصرانية او المجوسية والمجوسي يهودية او نصرانية لانهم اهل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلفت نحلهم فتجوز مناكحة بعضهم لبعض كما هو احد المذاهب من المسايل وهو اختيار سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو ابن دينار وطي المشركة والمجوسية بملك اليمين لورود الاطلاق في سبايا العرب كاوطاس وغيرها ومن مشركات والمذهب عندنا وعند عامة اهل العلم منع ذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات فاما ان يراد الوطي او كل منه ويمنع التعميم بناء على انه مشترك في سياق النفي او خاص في النصر وهو ظاهر في الامرين ويمكن كون سبايا او طاس اسلمن قوله وتجوز تزوج الصابيات ان كانوا يومنون بدين نبي ويقرون بكتاب وان عضوا الكواكب تعظيما المسلم الكعبة بهذا فسرهم ابو حنيفة فينبغي عليه الحل وفسراه بعبدة الكواكب فتبتنا عليهم الحرمة وقيل فيهم اطايفستان وقيل فيهم غير ذلك فالوفق على تفسيرهم الاتفاق على الحكم فيهم قوله وللمحرم والمحرمة ان يتزوجا حالة الاحرام وفيه خلاف الشافعية وتزويج الولي المحرم مولاته على هذا الخلاف تمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح رواه الجماعة الا البخاري عن ابان بن عثمن بن عفان قال سمعت ابي عثمن يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح زاد مسلم والبرداود ولا يخطب زاد ابن حبان في صحيحه ولا يخطب عليه وفي موطا مالك عن نبيه بن وهب عن ابان بن عثمن ان اباه ارسل اليه وهو محرم فزوج طلحة بن عمر بن الخطاب نكاحه ولنا ما رواه الائمة الستة في كتبهم عن عطاء عن ابن عباس رض قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم فزاد البخاري وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف ولا ايضاعنه ولم يصل سنده به قال تزوج النبي صلى الله عليه وسلم ميمونة ترضي عمرة القضاء وما عن يزيد بن الاصم انه تزوجها وهو حلال لم يقو قوة هذا فانه مما اتفق عليه الستة وحديث يزيد لم يخرجه البخاري ولا النسائي وايضا لا يقاوم ابن عباس رض حفظا واتقانا ولذا قال عمرو بن دينار الزهري وما يدري ابن الاصم اعرابي كذا وكذا شيخ قاله اتجعله مثل ابن عباس رض وما روى عن ابي رافع عنه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال وبنى وهو حلال وكنت انا الرسول بينهما لم يخرج في واحد من الصحيحين وان روى في صحيح ابن حبان فلم يبلغ درجة الصحة ولذا لم يقل الترمذي فيه سوى حديث حسن قال ولا نعلم احدا اسنده غير حماد عن مطر وما روى عن ابن عباس رض انه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال فمنكر عنه لا يجوز النظر اليه بعد ما اشتهر بعد ان كاد ان يبلغ اليقين عنه في خلافه وكذا بعد ان اخرج الطبراني ذلك عارضه بان اخرجه عن ابن عباس رض من خمسة عشر طريقا انه تزوجها وهو محرم وفي لفظ وبها حرمان وقال هذا هو الصحيح وما اول به حديث ابن عباس رض بان المعنى وهو في الحرم فانه يقال انجد اذا دخل ارض نجد واحرم اذا دخل ارض الحرم بعيد وما يبعده حديث البخاري تزوجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال والحاصل انه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديثي يزيد بن الاصم وابان بن عثمان وحديث ابن عباس اقوى لسندا فان رجحنا باعتباره كان البرهن معنى ويعضده ما قال الطحاوي وروى ابو عوانة عن مغيرة بن ابي الضحى عن مسروق عن عايشة رض قالت تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض نسايه

لم يجز منا لختم لانه مشترك بين والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم وكل أجاب

على ما وقع عنده وعلى هذا حال مجتهد قال ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه

وهو محرم قال وفقهاء هذا الحديث كلهم ثقات يحتج برواياتهم انتهى وهذا الحديث اخرجه ايضا البزار قال السهيلي انما اردت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمها وبقوة ضبط الرواة وفقههم فان الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس فلك فقهاء وضبطا كسعيد بن جبير وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد وان تركنا ما تساقطا للتعارض وصرنا الى القياس فهو معنى لان عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الامة للتسري وغيره ولا يمتنع من العقود بسبب الاحرام ولو حرم لكان غايته ان يترتل منزلة نفس الوطء واثر في افساد الحج لا في بطلان العقد نفسه وايضا لو لم يصح كبطل عقد المكره سابقا طرق الاحرام لان المنافي للعقد يستوي في الابتداء والبقاء كالطاري على العقد وان رجحنا من حيث المتن كان معنى لان رواية ابن عباس رض ما فيه ورواية يزيد مثبتة لما عرف ان المثبت هو الذي يثبت امرا عارضا على الحالة الاصلية والحل الطاري على الاحرام والنافي هو البقاء على ما كان وهو الذي يبقى طرق طاري ولا شك ان الاحرام اصلي بالنسبة الى الحل الطاري عليه ثم لكيفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان نفيا من جنس ما يعرف بدليله فيصار الاثبات ويرجح بخارج وهو زيادة قوة السند وفقه الراوي على ما تقدم هذا بالنسبة الى الحل اللاحق واما على ارادة الحل السابق على الاحرام كما في بعض الروايات انه صلى الله عليه وسلم بعث ابا رافع مولاه ورجلا من الانصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل ان يحرم كذا في معرفة الصحابة للمستغفري فابن عباس مثبت ويزيد نافٍ ويرجح حديث ابن عباس ان المتن لترجح المثبت على النافي ولو عارضه لكان يبقى يزيد مما يعرف بدليله لان حالة الحل تعرف ايضا بالدليل وهي هيئة الحلال فالترجيح بما قلنا من قوة السند وفقه الراوي لا بذات المتن وان وقفنا لدفع التعارض نحمل لفظ التزويج في حديث ابن الاصم على البناء بها مجازا لعلاقة السببية العادية ونحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم اما على نهي التحرم والنكاح للوطء والمراد بالجملة الثانية التكنين من الوطء والتذكير باعتبار الشخص اي لا تمكن المحرمة من الوطء نوجهها والعجب ممن يضعف هذا الوجه بان التكنين من الوطء لا يسمى نكاحا مع ان اللازم الانكاح لا النكاح والا لاستبعاده باختلال عربيته فليس بواقع لان غايته ما فيه دخول لا النايبة على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وان كان غيره اكثر وعلى النفي فيه التذكير وفيه ذلك التاويل او على نهي الكراهية جمعا بين الادلة وذلك لان المحرم في شغل عن مباشرة عقود والانكحة لان ذلك يوجب شغل قلبه عن الاحسان في العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعا ويتضمن تهيئة النفس لطلب الجماع وهذا محمل قوله ولا يخطب ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لان المعنى المنوط به الكراهة وهو عاليه الصلوة والسلام منزه عنه ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فيما وفيه كالوصال نهانا عنه وفعله فرع ويجوز تزويج الحر الامة مسلمة كانت وكتابية الخ قيد الخير مفيد لان الشافعي لا يجيز للعبد المسلم الامة الكتابية فكان الصواب بالواو دون الكاف احمده كقوله وعنها كقولنا لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات الآية استفيد منها عدة احكام عدم جواز نكاح الامة مطلقا عند طول الحرة بمفهوم الشرط وعدم جواز نكاح الامة مطلقا حين الضرورة من خشية العنت لقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم فاستدبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسبا وهو ما في نكاح الامة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكما وعدم جواز الامة الكتابية مطلقا بمفهوم الصفة في من فتياتكم المومنات وايضا اذا لم تجز الامة الا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة وعندنا الجواز مطلق في حال الضرورة وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرة وعدمه لاطلاق المقتضى من قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء واحل لكم ما وراء ذلكم فلا يخرج منه شيء الا بما يوجب التخصيص ولم يتعرض ما ذكر زاحجة مخرجة اما اولا فالمفهومان اعني مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الاصول واما ثانيا فبتقدير الحجة مقتضى المفهومين عدم الاباحة الثابتة عند

لا يجوز تزويج الولي الصغير وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا يبلغ الصوم ولا يبلغ ولنا ما روي انه عليه السلام

تزوج ميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية

وجود التيمم للصبح وعدم الاباحة الثابتة اعم من ثبوت الحرمة او الكراهة ولا دلالة للاعم على الاخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة
عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرة كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة اقل قبحا فقلنا بها وبالكراهة صرح في البدائع واما التعليل بعدم
الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لثبت الحرمة بالقياس على اصول شتى او لتعيين احد فردي الاعم الذي هو عدم الاباحة وهو التحريم
مرادا بالاعم فان عنوان ان فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه للحرمة ولكن وجود الوصف ممنوع اذ ليس شيء متصف بحرية عرض للرق
بل الوصفان من الحرية والرق يتقارنان وجود الولد باعتبار امه ان كانت حرة فحر او رقيقة فرقيق وان اراد به تعريض الولد الذي سيوجد لان يتقارن
الرق في الوجود لا ارتفاعه سلمنا وجوده ومنعنا تأثيره في الحرمة بل في الكراهة وبهذا لا يكون لان لا يحصل الولد اصلا بنكاح الامة ونحونا فلان يكون
لان يحصل رقيقا بعد كونه مسلما اولى اذ المقصود بالذات من التناسل انما هو تكثير المقربين لله تعالى بالوحدانية والالوهية وما يجب ان يعترف له به
وبهذا ثابت بالولد المسلم والحرية مع ذلك كما يرجع اكثر الى مرديني وقد جاز للعبد ان يتزوج اثنتين بالاتفاق مع ان فيه تعريض الولد على الرق في موضع
الاستغناء عن ذلك وعدم الضرورة وكون العبد بالا ثرلة في ثبوت رق الولد فانه لو تزوج حرة كان ولده حرا والمانع انما يعتمل كونه ذات الرق لانه هو الموجب
للنقص الذي جبلوه محرما مانعا مع قيد حرية الاب يوجب استوا العبد والحر في هذا الحكم لصح ذلك لتعليل اعني تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوج
الامة عند الشافعي من عدم وجود طول الحرة شرط الان تكون جارية ابنه اي ملك الابن قال في خلاصتهم لو انه استولدها قبل النكاح صارت ام ولده
فنزل ملك ولده منزلة ملكه وعندنا لا ملك للاب من وجه اصلا والحرمة على الابن قوله ولا تزوج امة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة
اخرج الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة اثنتان الحديث الى ان قال وتزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة
وفيه مظاهر بن اسلم ضعيف واخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده الى الحسن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تنكح الامة على الحرة قال تنكح
الحرة على الامة قال وهذا مرسل الحسن ورواه عبد الرزاق عن الحسن ايضا مرسلا وكذا رواه ابن ابي شيبة نحنه واخرج عبد الرزاق انا ابن جريج اخبرني ابو الزبير
انه سمع جابر بن عبد الله يقول لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة واخرج الحسن وابن المسيب نحوه واخرج ابن ابي شيبة عن علي رضي الله عنه لا تنكح الامة على الحرة
واخرج عن ابن مسعود نحوه واخرج ابن ابي شيبة ثنا عبده عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب تزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة
وعن مكحول نحوه فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين تقوي الحديث المرسل لو لم يقل بحجيته فوجب قبوله ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وان
اختلف طرقهم فان الثلاثة اضافوا الى معلوم قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية وذلك ان تزوج الامة على الحرة تتكون عند وجود طول
الحرة فلا يجوز اتفاقا وقوله وهو حجة على الشافعي في اجازة ذلك للعبد يعني حجة حيث لا انا نمنا الدليل على جواز بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله
ولانه يرى حجيته اذا اقترن باقوال الصحابة وهنا كذلك فانه قد ثبت ذلك عن علي وجابر على الاطلاق كما بينا وكذا يرى حجيته اذا افتى به عامة من اهل العلم
وهنا كذلك وهذا كله نص الشافعي في الرسالة فانه قال وان لم يوجد ذلك يعني تعدد المخرج نظرا الى بعض ما يروى عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم قولا فان وجد ما يوافق ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت هذه دلالة على ان مرسل الاعن اصل يصح ان شاء الله وكذا ان وجد عوام
من اهل العلم يفتون بمثل معنى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى وبهذا يخص قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم اذ قد اخرج منه ما قدمنا وفيه
نظر فان الخراج المشركات المجوسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بخبر واحد وقياس

وقال الشافعي لا يجوز لحر أن يتزوج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإماء ضروري عنده لما فيه من رق الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا حل طول الحرة ما تقدم منه وعندنا الجواز مطلق كطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لأن الرق قيد ولا يحصل الأصل فيلزم أن لا يحصل الوصف

ولا يتزوج أمة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الأمة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضاء الحرة والرق في الأصل والتنصيف التبعي لما تقرر في الطلاق إن شاء الله فيثبت بحال الحلية وحال الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله عليه السلام تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة من الحلالات

ولا يجمع الحر إذا كان منصفا بين حرتين فأكثر تزوج امرأة على حرة في عدتها من طلاق بائن لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لأن هذا ليس بتزوج عليها وهو الحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث عندهما ولأبي حنيفة رحمه الله أن نكاح المزوجات ربما يرغب لقلة المهر لأن الحكام في المنع احتياطا لحال الحلاق اليمين لا لقصور في المقصود لأنه لا يبذل غيرها في قسمها فلو أن يتزوج أربعا من الحرائر أو الإماء

وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي له أن يتزوج الأمة وإن وجد الحرة لأن خوف العنت عنده

وقيل إنه مخصوص منه الجمع بين الأختين فاحفظ الأن قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم يتناول الجمع فيتحقق إخراجه لأنه بما قدم وذكره مع المحرمات ثم قال وأحل لكم ما وراء ذلكم أي ما وراء المذكورات فلا يتناوله أصلا وإذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد فإخراجه يستدعي تبايناً ولم يثبت وإذا ضاقت إخراجه إلى التخصيص العلة التي ادعوا أنها مؤثرة لحرمة النكاح الأمة عند طول الحرة بغير العبد لم يثبت له وجه لما علمت أنه بتقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها لأن المعقول تأثير ذات الرق في المنع عند عدم الضرورة وجود الطول لقوله وعلى ما ذكروه في تجويزه ذلك برضى الحرة مالك يقوى الحجية المرسل أو أصح طريقة التابعي لكنه علله بإغاظة الحرة بإدخال ناقصة الحال عليها فإذا رضيت انتفى فلا لأجل المنع فيجوز وهذا استنباط معنى تخصيص النص فإن لم يكن منصوصا ولا موحى إليه كان تقديما للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عند بل العبرة في المنصوص عليه بعين النص لا لمعناه ثم بتقدير جواز ذلك فتعليله بما ظهر أثره وهو تنصيف النعمة بالرق الذي ظهر أثره في الطلاق والعدة والقسم أولى فيكون المنع باعتبار التعليل به للتنصيف في أحوال نكاح الأمة بيانه أن الحل الثابت في النكاح نعمة وبين أن الرق منصف ما ذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تنصيف نفس الحل على أنه التحقيق بل نصف الحل أيضا وهو تنصيف القسم إذ يحرم عليه الاستمتاع بها في غير ليلتها لا لمن فيظهر أن حكم هذا الحديث لا إرادة تنصيف الأحوال جريا على ما استقر منوطا بالرق وذلك أن نكاحها حالتي انضمام إلى نكاح حرة سابقة وانفراد عنها فالتنصيف إذ كان إمكان الحالتين قائما يصح نكاحها في حالة دون حالة وتصح نكاح الحرة في الحالتين حالة الانفراد والانضمام إلى أمة سابقة ثم حين شرع للمنع حالة الانضمام إلى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الأحكام من مناسبة ذلك ولا يبعد أن لزيادة غيظ الحرة زيادة معتبر دخلا أيضا أما أصل غيظها فلا أثر له فإنه تحصل بإدخال الحرة أيضا وعلى هذا التقرير يندفع ما يورد من أن الانضمام يصدق على ما إذا دخل الحرة أيضا على الأمة فيلزم أن يفسد نكاح الأمة بدخول الحرة عليها ويجاب بأن الانضمام يقوم بالمتأخر لأنه المنضم إلى غيره ثم يتعلق بالمتقدم ومنهم من جعل منع دخول الأمة بالنص على خلاف القياس وتعليل الكرخي أن بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية وحق الحرية لا يجوز إبطاله بعد ثبوته فأما بمجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت النسل ذلك هذا وأما حالة المقارنة وهو أن يتزوج حرة وأمة في عقدة فيجتمع في الأمة محرم ومبيح فتحرم واعلم أن التعليل في الأصل إنما هو للقياس ويستدعي أصلا يلحق به منصوصا أو مجمعا عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة قوله فإن تزوج أمة على حرة الخ وكذا المدبرة وأم الولد قيد بالبائن لأن في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الأمة اتفاقا وقولهما قول ابن أبي ليلى لأن المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالأخت في عدة الأخت الأحرم أو دخال حرة عليها بل تزوج الأمة على الحرة وهو منتف لا يقال تزوج عليها إذا تزوجها لأنا نقول ولد الموطوءة على امرأة فتزوج وهي معتدة عن بائن لم يحنث ولذا جاز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد أو وطء شبهة ولأبي حنيفة أن العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبار ما يبقى منه وجه كان بالتزوج فيها متزوجا عليها من وجه فكان حراما لأن الشبهة في المحرمات كالحقيقة احتياطا وإما جواز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل إنما قولهما لا قوله ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتا بقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف ما نحن فيه وإما مسلمة اليمين فإنما لا يحنث فيها للعلم بأن المقصود من حلفه أن لا يتزوج عليها هو أن لا يدخل عليها شريكة في القسم ولأن العرف أن لا يسمى متزوجا عليها بعد البائنة إلا إذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة قوله من الإماء والحرائر أي جمعا وتفرقا إلا أن في الجمع إنما يجوز إذا قدم الحرائر قوله وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك اتفق عليه الأئمة الأربعة وجمهور المسلمين وأما الخوارج فلهم شذوذ منهن وفي التتارخانية جعل لأربع نسوة وألف جارية إذا دان لبشر شرى جارية أخرى فلأمة رجل نخافي عليه الكفر وقالوا

والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد
ان يتزوج اكثر من اثنين وقال مالك يجوز له ان يتزوج ثلاثا لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه
بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا
لشرف الحرية فان طلق الواحدة من الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى
تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت

ان تتزوج كيلا يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده ما جورا واجازا الزيادة تسعا من الحرائر ونقل عن النخعي وابن ابي ليلى واجاز الخوارج ثماني عشرة وحكي عن قوم ان الناس اباحة اي عددا شاء لا حصر وجه الاول انه بين العدد والمحل مثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك تسع وجه الثاني في ذلك لان مثنى وثلاث ورباع معدول عن عدد مكرر على ما عرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر وكان وجه الثالث العمومات من نحو فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولفظ مثنى الى تعداد في لا قيد كما يقال خذ من البحر ما شئت قربة وقربتين وثلاثا ونحو ذلك والاولين تزوجه صلى الله عليه وسلم تسعا والاصل عدم الخصوصية الا بدليل والحجة عليهم ان الاحلال بنا وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء لم تتسق الا ببيان العدد والمحل لا ببيان نفس المحل لانه عرف من غيرها قبل نزولها كتابا وسنة وكان ذكرها هنا متعقبا بالعدد ليس الا لبيان قصر المحل عليه او هي لبيان المحل المقيد بالعدد لا اطلاقا كيف وهو حال ما طاب فيكون قيدا في العامل وهو الاحلال المفهوم من فانكحوا ثم ان مثنى معدول عن عدد مكرر والا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا الى ما لا يقف وكذا الثلث في ثلثة ثلثة ومثلث ورباع في اربعة اربعة والموصوف التركيب على هذا ما طاب لكم تثنيتين تثنيتين جمعا في العقد او على التفريق وثلثا ثلثا جمعا او تفريقا وارباعا اربعا كذلك ثم هو قيد في المحل على ما ذكرنا وانتهى المحل الى اربع مخيرا فيهن بين الجمع والتفريق واما محل الواحدة فقد كان ثابتا قبل هذه الاية بحل النكاح لان اقل ما يتصور بالواحدة فحاصل الحال ان حل الواحد كان معلوما وهذه الاية بيان حل الزايد عليها الى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك وبه تم جواب التفريعين او نقول عرف حل العدد بقوله فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة وكان العدد على الوجه الذي ذكرنا محللا عند عدم خوف الجور ثم فاد ان عند خوفه يقصر المحل على واحدة وانما لم يعطف بالواو فيقال اوثلث او رباع لانه لو ذكر بالواو لكان الاحلال مقتصرا على احد هذه الاعداد وليس مرادا بل المراد ان لهم ان يجمعوا هذه الاعداد ان شاءوا بالطريق التثنية وان شاءوا بالطريق التثليث وان شاءوا بالطريق الترجيع فانتفى بذلك صحة التسع والثمان عشرة ويدل على الخصوصية ما روى الترمذي عن عبد الله بن عمران غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فاسلمن معه فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخير منهن اربعا والمراد من قوله ان يتخير منهن اربعا التخصيص على العدد ويمنع الزيادة العدد المذكور يعني التخصيص على هذا العدد وكان اللام للعهد للاكرى او الحضوري وانما كان هذا العقد يمنع الزيادة وان كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما في قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جد هن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة حيث الحق باليمين والنذر بوقوعها قيدا في الاحلال على ما قررناه به يندفع الاكثر بانه من حيث هو عدد لا يمنع كما ذكرنا والحاصل انه قد يمنع بعد الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلوة وقد لا والا لنحو سبعين مرة في قوله تعالى استغفر لهم الاية وقد يمنع الزيادة كما ذكرنا او النقص فقط كالقرء الحيض وشيء من ذلك ليس لذات العدد بل الخارج تمنع الزيادة هنا لتقييد المحل وفي كل موضع لطالب سبب

قوله والحجة عليه ما تلوناه وهو عموم ما طاب لكم من النساء مقتصرا على العدد المذكور **وقوله** اذ الامة والمنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة والا فالمنكوحة لا تثنى الامة مع ان المراد هنا بالامة ليس الا الامة المنكوحة وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة واعترض بان المراد لو استدل بجواز تزوج الاماكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك وعلى ما قال من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح فكان ينبغي ان لا يذكر المنكوحة اصلا والعناية به ان يراد المنكوحة بالقوة اي التي يريد ان ينكحها فتظهر **قوله** لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده لان السبي لا يوقع الفرقة بين السبي وزوجته فعلم انه لا يملك الا من حيث هو مال ودليل انه يملك الاصل النكاح بالاذن فلو كان مملوكا في حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه وجواب الاول ان السبي احد اسباب ملك الرقبة فحمله المال لا النكاح فلذا لم تقع الفرقة وجواب الثاني ان ملك اصل المتعة لا يمنع التنصيف اذا تحقق ما يوجبه كالامة تملك طلاق اصل الوطي من زوجها وينتصف قسمها **قوله** ولنا ان الرق منصف توضيح مراده ان اصل الثابت بالنكاح مشتركة بين الزوجين حتى ان للمرأة المطالبة بالاستمتاع وقد نصف الرق

قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رح ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطء كيلا يسقي ماؤه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء وهو للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج امة ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل

للمرأة مالها من ذلك الحمل حتى اذا كانت تحت الرجل حرة وامته يكون للحرة ليلتان وللامة ليلة فلها نصف رقتها مالها وجب ان يخفف رقته قاله والحر تزوج اربع والعبد اثنتان بقي ان يستدل له بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع نظرا الى عموم المخاطبين في الاحرار وهو بعيد كما استدل به المصنف على الشافعي في اطلاق الزائد على الامة نظرا الى العموم في الحرائر والاماء لكن قد يقال ان المخاطبين هم الاحرار بدليل آخر الاية وهو قوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فان المخاطب بهذا هم المخاطبون الاولون والاملاك للعبد فلزم كون المراد الاحرار قوله فان تزوج حبلى من زنى من غيره جاز النكاح خلافا لابي يوسف قول الشافعي رح كقولنا وقول الاخرين زفر كقول ابي يوسف مالو كان الحبل من زنى منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالا الى النوازل قال رجل تزوج حاملا من زنى منه فالنكاح صحيح عند الكل ويحل وطيها عند الكل واجازوا في الخانية عندهما ولا يطأها هل يستحق النفقة ذكر التمرتاشي لا نفقة لها وقيل لها النفقة والاول اوجه لان النفقة وان وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن اذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها بخلاف الحائض فان قدر استحسانا ونهارا يضاف الى فعلها الزنى وعن محمد كقول ابي يوسف وكما لا يباح وطيها لا يباح دواعيه وقيل لا بأس لوطيها ونقل عن الشافعي كما نه يقيسه على التي زنت حيث جاز تزوجها وحل وطيها في الحال مع احتمال العلوق فعلم ان العلوق من الزنى لا يمنع الوطء والا لمنع مع تجويزه في مقام الاحتياط وليس بشيء لان الفرق بين المحقق والموهوم في اشتغال الحرام ثابت شرعا لورود عموم النهي في المحقق وهو ما روى رويفع بن ثابت الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يومن بالله واليوم الآخر ان يسقي ماؤه زرع غيره يعني اتيان الحبالى رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن قوله ان الامتناع في الاصل يعني ثابت النسب حاصله قياس الحامل من الزنى على الحامل ثابت النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليها فيعم جعلها الاصل كون حملها محترما فيمنع ورود الملك على محله وهذا كذلك بدليل انه لا يجوز اسقاطه وانه لا جناية منه فيمنع الملك واستدل المصنف رح بعموم واحل لكم ما وراء ذلكم وحين علم انه يرد من قبل ابي يوسف ان هذا مخصوص على ما قيل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج الى منع علته فقال لا يسلم ان علة المنع في الاصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي شفيعة في الفرع اذ لا حرمة للزاني ومنهم من يريد في تعيين العلة فيقول الامتناع في الاصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام وقد يراد ايضا فيقال فيصان عن سقيه ولما لم يجز الوطء بحرمة السقي لم يصح العقد لان كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح وهي زيادة توجب النقض انما يحتاج اليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطء ولم نقل به فيقال ان قلت لا يترتب مطلقا منعناه او في الحال فقط منعنا اقتضاءه البطلان والا لم يصح نكاح الحائض والنفساء الا ان ابا يوسف رح يدفع التعليل بحرمة صاحب الماء بانه لو كان لحقه لجاز بامره فالاولى تعليل المنع في الاصل بلزوم الجمع بين الفراشين وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المومنات وهو منتف في الحبلى من الزنا وقد يقال ان هذا الدفع مغالطة تخيل ان حرمة وحقه واحد وهو معنى الحق وليس كذلك فان معنى حرمته ان الشارع اثبت له من الحرمة منع العقد على محل مائه ما دام قائما وحرمته لا تسقط باذنه في العقد الا ان هذا لا يقتضي صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح واما على ظاهر المذهب خلافا لمطرف وما ذكرنا وعلى ما هو رواية الحسن يجب بالتعليل بحرمة صاحب الماء حكم ان في سنن ابي داود عن رجل من الانصار يقال له رويفعة بن الكثم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تزوجت امراة على انها بكر فكنت ستر ها قد خلت عليها فاذا هي حبلى فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لها الصداق بما استحللت من فرجها والولد عبد لك وفرق بينهما وقال اذا وضعت فجلدوها وهي ظاهرة في عدم صحة نكاح الحامل من زنى لقوله وفرق بينهما الا ان يحمل على تفريق الابدان فقط بان منعه من الخلوة بها الى ان تلد مع ان فيه من المنسوخات جعل الولد عبدا الا ان يحمل على ارادة انه

لا يفارش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل قال ومن وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا عليه ان يستبرئها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا احب له ان يطأها قبل ان يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء

يصير تاركا وهو يوافق حمل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو اولى لاستبعاد ارادة جعل الولد عبدا ببيعه الزوج بالنسبة الى مقابله لقلة نظيره في الشرع فيجعل هذا قرينة ارادة التفريق عن المخالطة لانفي العقد وهذا لان الظاهر انه انما يكون بحيث يحذمه من غير ملك فيما اذا كان مع امه عنده وهذا كله اذا ثبت هذا الحديث قوله فالنكاح باطل وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع قوله لانها فراش لمولاها بالثبوت بلا نكاح وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل اذا اتت به فلو صح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء قوله الا انه غير متأكد الخ جواب عما قد يقال لو كانت فراشا لم تتجرد بهما وهي حامل كما لا يجوز وهي حامل فاجاب بان فراشها غير متأكد وتتأكد بانضمام الحبل بهما منه فان الحبل مانع في الجملة وكذا الفراش فيقع التأكد باجتماعهما فينتقص سببا للمنع للجمع فخلاف حالة عدمه واستدل على عدم تأكده باستفراد نسب ولدها بالبقية من غير لعان فظهر ان المانع ليس مطلقا بل المتأكد منه اما بنفسه وهو فراش المنكوحة او بالحبل قالوا الفراش ثلاثة قوي وهي المنكوحة فلا ينتفي ولدها الا باللعان ووسط وهو فراش ام الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي وضعيف لا يثبت نسب الولد منه الا بدعوة وهو فراش الامة التي لم يثبت لها امومية الولد والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية تصريحا ان الامة ليست بفراش اصلا على ما ذكره في المسئلة التي يلي هذه وعلا بعدم صدق حد الفراش عليها بقوله فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة فيلزم اما انحصاره في الفراش القوي والضعيف واما اعتبار الفراش الثلاثة في ام الولد والمنكوحة فام الولد الحامل فراش ضعيف فيجوز تزويجها والحامل متوسط النوع من التأكد فيمتنع وحكمه انتفاء الولد بمجرد النفي والمنكوحة هي الفراش القوي وهو الاوجه واورد اذا كان ولدها ينتفي بمجرد النفي ينبغي ان يجوز النكاح ويكون نفيا دلالة فان السبب كما ينتفي بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسئلة الامة جاءت بولد ثالثة فادعى المولى اكبرهم حيث يثبت نسبه وينتفي نسب غيره بدلالة اقتصاره في الدعوة على بعضهم اجيب بان النفي دلالة انما يعمل اذا لم يكن صريح بخلافه وهنا كذلك او صورة المسئلة ان الحمل منه حيث قال لرجل زوجت ام ولدي وهي حامل منه كذا في الظهيرية وعلى هذا لو زوج ام ولده وهي حامل قبل ان يعترف بالحمل بعد العلم به ينبغي ان يجوز نكاحه ويكون نفيا قوله ومن وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها هذا التعليل للجواز ينفي جنس علة المنع من التزويج فضلا عن نفيها بعينها فلا يقتضي ان وجود الفراش مطلقا يمنع والا لمنع في ام الولد الحامل لان علة المنع فراش مخصوص وهو القوي بنفسه او بالتأكيد لا مطلق الفراش ثم بين نفي الفراش بنفي حده بقوله لانها جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة قوله الا ان عليه ان يستبرئها اي بطريق الاستحباب لا الحتم وليس استبرأ المولى مذكورا في الجامع الصغير بل في كلام المصنف وصرح الولوالجي بالاستحباب قوله واذا جاز يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى فان خلاف محمد رحمه الله في استبراء الزوج انما هو فيه ولذا قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في قول محمد لا احب اي للزوج ان يطأها حتى يستبرئها لاحتمال الشغل بماء المولى هذا الخلاف فيما اذا زوجها المولى قبل ان يستبرئها فاما استبراؤها قبل ان يزوجها جاز وطئ الزوج بلا استبراء اتفاقا وقد روى وفق بعض المشايخ بان محمدا رحمه الله نفى الاستحباب وهما اثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهم على الاستحباب ولا انزاع فان نفطويه في الجامع الصغير عن محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وطئ جارية ثم زوجها فان للزوج ان يطأها قبل ان يستبرئها وقال محمد يجب ان لا يطأها حتى يستبرئها انتهى وليس فيه استبراء المولى اصلا وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج قبل قوله تفسير لقول ابي حنيفة وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق وصرح قول المصنف اليوم بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلافه ثم القياس المذكور لمحمد انما يقتضيه وجوب الاستبراء فان اصل قياسه الاستبراء وانما يتعدى بالقياس حكم الاصل وحكمه

ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا راى امرأة تزنى فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها ولهما ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة امتع بك كذا مدة بكذا من المال

الاستبراء بل كان المراد من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب وغاية الامر ان قوله احب ظاهر في الاستحباب ودليله يوجب ان مراده الوجوب فاعتباره اولى لان الاستدلال بما لا يطابق الدعوى بعد من اطلاق احب ان يفعل كذا في واجب وكثيرا ما يطلق المتقدمون اكره كذا في التحريم وكراهته التحريم واجب مقابلة فجاز ان يطلق في مقابلة وهو الوجوب ثم لو اورد على محمد ره ان التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب النوم لتوهم النجاسة كان له ان يجيب بان ذلك في غير الفروج اما فيها فالمعهود شرعا جعله متعلقا بالوجوب ومنه نفس اصل هذا القياس فان علة وجوب الاستبراء في التحقيق على المشتري ليس لاتوهم الشغل بالماء الحلال واعتبار استحداث الملك علة انما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف وان كان الاستدلال من عند المصر فهو المواخذ بعدم المطابقة **قوله** ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ اورد عليه انه ممنوع فان الحكم بجواز النكاح ثابت في الحامل من الزنى ومجموع ما ذكر فيه ثلثة اجوبة جواب صاحب النهاية بانه طرد للنقض فان جواز النكاح ثابت في الصورتين بالمقتضى وهو قوله تعالى واحل لكم ماوراء ذلكم الا ان الوطى هناك حرام الوجود الشغل حقيقة كيلا يسقى ماءه زرع غيره فليدل جواز النكاح هناك على حل الوطى للحمل اما هنا لاحمل حقيقة فلو كان انما كان حكما وشرعا وكان جواز النكاح شرعا امارة الفراغ دليل فراغ الرحم حكما وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى فان مرادنا انه امارة الفراغ عن حمل ثابت النسب وتقول هو دليل الفراغ في المحتمل الا فيما تحقق وجوده واليه يرجع جواب صاحب النهاية اذا تاملت وهو الاولى اعنى كونه دليل الفراغ في المحتمل ومحل النزاع محتمل ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب للاستبراء لكن صحته موقوفة على دليل اعتباره امارة الفراغ عنه لان حاصله ادعاء وضع شرعي والاجماع انما عرف على مجرد الصحة اما على اعتبارها دليل الفراغ في المحتمل دون المتحقق فلا اختار الفقيه ابو الليث قول محمد ره لانه احوط هذا وعند زفر ره لا يجوز للرجل ان يتزوجها حتى تحيض ثلث حيض بناء على اصله وهو وجوب العدة للتزوج بعدم وطى ولو زنا **قوله** وكذا اذا راى امرأة تزنى فتزوجها حل له وطيها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد ره لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها وعند زفر ره لا يصح العقد عليها ما لم تحض ثلث حيض لما قلنا عنه وقيل يكفي حيضة **قوله** والمعنى اى في حل وطى الزانية اذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد ره بعده ما ذكرنا لهما من ان الصحة امارة الفراغ في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب وعند محمد الوطى يوجب توهم الشغل فيستبرأ كالمشتراة **قوله** ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة خالية من الموانع امتع بكذا كذا عشرة ايام مثلا او تقول يا ماما او متعيني نفسك يا ماما او عشرة ايام او لم يذكر ايا ما بكذا من المال قال شيخ الاسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت ان يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفي المتعة اتمتع او استمتع انتهى يعني ما اشتمل على مادة متعة والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة وفي الموقت الشهود تعيبها ولا شك انه لا دليل لهما على تعيين كون نكاح المتعة الذي اباحه صلى الله عليه وسلم ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة متع للقطع من الآثار بان المتحقق ليس الا اذن لهم في المتعة وليس معنى هذا ان من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه ان يخاطبها بلفظ اتمتع ونحوه لما عرف من ان اللفظ انما يطلق ويراد معناه فاذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا اتمتع بك بل او حدوا ومعنى هذا اللفظ ومعناه المشهور ان يوجد عقد على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل الى مدة معينة منتهى العقد بانتهائها او غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دمت معك الى ان اصرف عنك فالعقد والحاصل ان معنى المتعة عقد موقت ينتهي بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت ايضا فيكون النكاح الموقت من افراد المتعة وان عقد بلفظ التزويج واحضر الشهود وما يفيد ذلك من الالفاظ التي تفيد التواضع مع المراة على هذا المعنى ولم يعرف في شيء من الآثار لفظ واحد من

وقول مالك هو جائز انه كان مباحا ينبغي الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رض وابن عباس رض رجوعه الى قولهم فقد الاجماع والنكاح للوقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام

باشر يا من الصحابة بلفظ تمتعت بك ونحوه والله اعلم **قوله** وقال مالك وهو جائز نسبته الى مالك غلط وقوله لانه كان مباحا فينبغي الى ان يظهر الناسخ هذا متمسك من يقول بهما كابن عباس رض قلنا قد ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذه عبارة المصروليست المبارسببية فيهما فان المختار ان الاجماع لايكون ناسخا اللهم الا ان يقدر محذوف اي بسبب العلم باجماعهم اي لما عرف اجماعهم على المنع علم انه نسخ بدليل النسخ او هي للمصاحبة اي لما ثبت اجماعهم على المنع علم معه النسخ وامادليل النسخ بعينه فما في صحيح مسلم انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم الفتح وفي الصحيحين انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر والتوفيق انها مرتين قيل ثلاثا شيأ فشيأ مرتين المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه الى بيت المقدس في الصلوة وقيل لايحتاج الى الناسخ لانه صلى الله عليه وسلم انما كان اباحها ثلاثة ايام فبانقضائها تنتهي الاباحة وذلك لما قال محمد بن الحسن في الاصل بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما احل المتعة ثلاثة ايام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها الغربة ثم نهى عنها وهذا لايفيد ان الاباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلاثة ايام ولذا قال ثم نهى عنها وهو يشبه ما اخرجه مسلم عن ربيع بن سبرة بن معبد الجهني قال اذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة فانطلقت انا ورجل الى امرأة من بني عامر كانها بكرة عيطاء فعرضنا انفسنا عليها فقالت ما تعطيني فقلت رداي وقال صاحبي رداي وكان رداء صاحبي اجود من رداي وكنت اشب فاذا نظرت الى رداء صاحبي اعجبها واذا نظرت الى اعجبتها ثم قالت انت ورداؤك يكفيني فمكثت معها ثلاثا ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان عنده شيء من هذه النساء فليخل سبيلها فهذا مشكل من حيث انه انما يدل على ان الاباحة اقامت ثلثا الا انها تعلقت مقيدة بالثلث فلابد من الناسخ وفي صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم كنت اذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك الى يوم القيمة والاحاديث في ذلك كثيرة شهيرة واما ظاهر الالفاظ التي تقطع الاجاء فاخرجه الحازمي بسنده الى جابر خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى غزوة تبوك حتى اذا كنا عند العقبة مما يلي الشام جاءته نسوة فذكرنا متعتنا وهو يطعن في رجالنا فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر اليهن وقال من هؤلاء النسوة فقلنا يا رسول الله نسوة تمتعنا بهن قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه وتمعر وجهه وقام فينا خطيبا فحمد الله واثنى عليه ثم نهى عن المتعة فواد عنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود اليها ابدا وابن عباس رض رجوعه بعد ما اشتهرت عنه من اباحتها مما ذكر من رجوعه ان عليا رض قال له انك رجل تائه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وفي صحيح مسلم ان عليا رضي الله عنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال مهلا يا ابن عباس فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية وهذا ليس صريحا في رجوعه بل في قول علي له ذلك ودليل على انه لم يرجع حين قال له على ذلك ما في صحيح مسلم عن عروة بن الزبير ان عبد الله بن الزبير رض قام بمكة فقال ان ناسا اعمى الله قلوبهم كما اعمى ابصارهم يفتون بالمتعة يعرض برجل فناداه فقال انك لجلف جاف فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد امام المتقين يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ابن الزبير فجرب نفسك والله ان فعلتها لارجمنك باحجارك الحديث ورواه النسائي ايضا ولا تردد في ان ابن عباس هو الرجل المعرض وكان رضي الله عنه قد كف بصره فلذا قال ابن الزبير رض كما اعمى ابصارهم وهذا انما كان في حال خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة علي رض فقد ثبت انه مستمر القول على جواز ما لم يرجع الى قول علي رض فالاولى ان يحكم بانه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذي عنه وقد ظهر ان لا متمسك له وكان الاولى ان يجيب المصر وحاصل بحثه معارضته مجردة وهي لاتفيد ثبوت المطلوب قيل الترجيح وقالوا المعصيات لانها معصية في ولد الزنا وولد الملاعنة فثبت لهما الا ان اقارب الاب مقدمون **فرع** واذا عدم الاولياء اي كل من العصبات الى بيت المال قال انما كانت المتعة في اول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس بها معرفة فيتزوج

وقال زفر وهو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة قولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

المرأة يقدر ما يرى انه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شيأ وحتى اذا نزلت الآية الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام انتهاء فهذا يحمل على انه اطلع على ان الامر انما كان على هذا الوجه فرجع اليه وحكاه وقد حكى عنه انما ابا حها حال الاضطرار والعنت في الاسفار واسند الحازمي من طريق الخطابي الى ابي المنهال عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء قال فما قالوا قلت قالوا قد قلت للشيخ امثال مجمسة يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس هل لك في رخصة الاطراف الانسية تكون مثواك حتى مصدر الناس فقال سبحان الله ما بهذا افتيت وما هي الا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل الا للمضطر انتهى ولهذا قال الحازمي انه صلى الله عليه وسلم لم يكن اباحها لهم وهم في بيوتهم واوطانهم واباحها لهم في اوقات بحسب الضرورات حتى حرمها عليهم في آخر سنيه في حجة الوداع وكان تحريما تأبيدا لاخلاف فيه بين الائمة وعلماء الامصار الا طائفة من الشيعة **قوله** وقال زفر هو جائز يعني النكاح الموقت هو ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هي ويصح النكاح فصار كما اذا تزوجها على ان يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط ما لو تزوج وفي نيته ان يطلقها بعد مدة فانا فلا بأس بتزوج النهاريات وهو تزوجها على ان يكون عندها نهارا دون الليل **قوله** قولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولذا لو قال جعلتك وكيلا بعد موتي انعقد وصيا وجعلتك وصيا في حياتي انعقد وكالة ولو اعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرضا ولرب المال كان بضاعة ولا يخفى ان على ما حققنا ويكون الموقت من نفس النكاح المتعة فلا يحتاج الى عين ابداء الناسخ في رفع قول زفر هذا ومقتضى النظر ان يترجح قول لان غاية الامر ان يكون الموقت متعة وهو منسوخ لكن يقول المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه وهو ما ينتهي العقد فيه بانتهاء المدة وبتلاشي دانا لا اقول به كذلك وانما اقول ينعقد مؤبدا ويلغو شرط التوقيت هو اثر النسخ واقرب نظير الى هذا النكاح الشغار وهو ان يتزوج الرجلان كل موليه الآخر على ان يكون بضع كل مولية مهر موليها في المولية الآخر صح النبي عنه وقلنا اذا عقد كذلك صح موجبا المهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النبي لانا لم نتابع ذلك موجبا للبضعين مهرين بل على الغاء الشرط المذكور فلم يلزمنا النبي فنقول زفر مثل هذا سواء وانما قياسه على ما لو تزوجها على ان يطلقها بعد شهر فيمكنه تركه ان صح عنه الى اصول شتى مما اشترط فيه من النكاح شرط مخالف لمقتضى العقد اذا كان غير صحيح من حيث انه انما عقد مؤبدا ولذا اذا انقضت المدة لا ينتهي النكاح بل هو مستمر الى ان يطلقها فان قلت فلو عقد بلفظ المتعة واراد النكاح الصحيح المؤبد بل ينعقدا ذا ولا اذا لم ينعقد بل يكون من ايراد المتعة فالجواب لا ينعقد به النكاح لان قصده به النكاح وحضرة الشهود وليس من نكاح المتعة لانه لم يذكر فيه توقيت بل التأبيد وانما كان كذلك لانه لا يصلح مجازا عن معنى النكاح لما في المبسوط من انه لا يفيد ملك المتعة كالاحلال قال فان من اجل لغيره طعاما واذن له ان يمتع به لا يملكه وانما يتلفه على ملك المبيح فكذلك اذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك انتهى يعني انتفى طريق المجاز الذي بيناه في اول كتاب النكاح والله سبحانه اعلم **قوله** ولا فرق بين ما اذا طالت المدة او قصرت نفى لرواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه انهما اذا سميا مدة لا يعيشان اليها صح لتأبيده معنى قلنا ليس هذا تأبيدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت وقوله لانه المعبر بجهة المتعة يؤيد ما قلناه وهذا واذ قد انساق الكلام الى ان الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس مقتضى العقد لا يبطل النكاح بل تبطل هو ناسب ان يقترن به الكلام في اشتراط الخيار في النكاح فاذا تزوج على انه بالخيار او هي صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على ان شرط الخيار كالهزل لان الهازل قاصد للسبب غير راض بحكمه ابدا وشارط الخيار غير راض بحكمه في وقت مخصوص فاذا لم يمنع الهزل ثبوت حكمه للحديث ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وقد اسلفنا تخريجه فشرط الخيار اولى ان لا يمنع

ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة ولحدهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الأخرى كما لو جمع بين الحر والعبد في البيع لأن البطلان في أحدهما بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع لأنه يبطل الشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي حل نكاحها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليها وهي مسئلة الأصل

وإذا لم يمنع ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطا فاسدا فيبطل وأما خيار الرؤية فحقيقة لا يتوقف على اشتراط في موضع يثبت كالبيع بل إذا اشترى ما لم يره يثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية إجماعا فلا يتصور ثبوته فيه ولو فرض اشتراط خيار الفسخ إذا رآها كان شرطا فاسدا فيبطل وأما خيار العيب فلا يثبت لأحدهما في الأخرى إذا وجده سليما برصا أو رتق أو قرن أو عقل أو جنون أو مرض فالج أو غيره أيا كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف سوى عيب الجب والعنة فيه على ما يأتي في بابه خلافا للشافعي في العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص ولمحمد في الثلاثة الأخيرة إذا كانت بحيث لا تطيق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ لنا ما عنه صلى الله وسلم أنه لما تزوج جها فوجد بكشحها بياضا ألحق بالملك وهذا من كنايات الطلاق بل لا يعد عدة من صرائحه في عرف العرب بالاستقراء فعرف أنه لا فسخ عن عيب وحجتنا أيضا قول ابن مسعود رضي الله عنه لا ترد الحرة عن عيب وعن علي رضي الله عنه قال إذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم لأن شاء طلق وإن شاء أمسك والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن عمر أنه أثبت الخيار وحمله على خيار الطلاق بعيد فإن ذلك ثابت لا يحتاج إلى نقل إثبات عمر إياه وقول محمد أرجح فيما يظهر فإن ما ذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما أفادته هذه الدلائل إنما هو في تخلص الرجل فأما المرأة فلا تقدر عليه وهي محتاجة إلى التخلص ومأمورة بالفرار قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الأسد والكلام في المسئلة طويل الذيل في المبسوط وغيره يحتمل الطلا للسنا بصدد بها أو ليست من مسايل الكتاب بل المقصود تتميم الفايدة بالفروع المناسبة وكذا الوشرط أحد الزوجين على الآخر السلامة من تلك العيوب أو من العمى والشلل والزمانة أو شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار في الفسخ ومن هذا وكثيرا ما يقع لو تزوجها بشرط أنها بكر فإذا هي ثيب لا خيار له بل إن شاء طلق ويثبت أحكام الطلاق قبل الدخول أو بعده قوله ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة لأحدهما لا تحل له كالمرضاع أو قرابة محرمة صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع حيث لا يصح في العبد لأن قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيبطله وهنا المبطل يخص الحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة قوله ثم جميع المسمى التي تحل نكاحها عند أبي حنيفة رح وعندهما يقسم على مهر مثليها كأن يكون المسمى ألفا ومهر مثل المحرمة الفان والمحللة ألف فيلزم ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث درهم للتي صح نكاحها وليسقط الباقي ولو كان دخل بالتي لا تحل فالمذكور في الأصل أن لها مهر مثلها بالغا ما بلغ والألف كلها للمحللة قال في المبسوط وهو الأصح على قول أبي حنيفة رح وما ذكر في الزيادات فهو قولهما أن لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الألف ولو كان صح نكاحهما اقتسمت الألف على مهر مثلهما اتفاقا قوله وهي مسئلة الأصل مثل هذا اللفظ يقصد به الآجال على ذلك الكتاب لتتميم متعلقات المسئلة منه وحاصل المذكور لهما فيه أن المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلما وكلما قوبل بشيئين لم يسلما فاللازم حصة السالم بيان تقرر الكبرى شرعا مالو اشترى عبدين بالف فإذا أحدهما مدبر أو خاطب امرأتين بالنكاح بالف فأجابت أحدهما دون الأخرى بل نحن فيه أولى فإن الحرمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يجب لو طيهما مع العلم بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البدل ولمنع كلية الكبرى بل المضموم إلى المحللة إما محل أو لا ففي الأول يقسم وفي الثاني لا كما لو ضم جدارا أو حمارا فإن الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمة كذلك فإن حكم النكاح المحل والمحرمة ليست محلة فلم تدخل والمدبر مال فهو محل ولذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية وسقوط الدين عنده في وطي المحرمة المعقود عليها من حكم صورة العقد وسنبين وجه إن شاء الله تعالى في كتاب الحدود لا من حكم انعقاده والانقسام من حكم الانعقاد والانقسام في المحال مبين للاستواء في الايجاب للمحللية فإنهما لو أجابا صح نكاحهما

ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بينة فجحدها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يطأها وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح اولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد رح لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رح لان القاضي لما احطاء الحجة اذا الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا تعذر القضاء على الحجة واما لم تنفيذه باطنا بتقديم النكاح تنفيذا قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله اعلم

سماعا وانقسم عليها وهذا وقد ادعى ان ما في الزيادات من انه لو دخل بالتي لا تحل كان لها مهر مثلها لا تجاوز خمسة من الالف قول ابي حنيفة رح فاستشكل بانه فرع دخولها في العقد ورفع بانه قولها لا قوله في الاصح وقوله يجب مهر مثلها بالغا ما بلغ وتقدير التسليم فالمنع من المجاورة الجبرية ورضاها بالتقدر المسمى لا بد خولها في العقد فانما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد فالتي لا تحل هي المختصة بذلك فالكل لها وقد يرد ايضا على قوله ان لها مهر مثلها بالغا ما بلغ ان عدم الدخول في العقد تقتضي اجنبيتها عنه فبأي وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول في عقد فاسد ويجاب بان وجوبه بالعذر الذي وجب به ذو رحم المحرم وهو صورة العقد ويورد على قولها ايضا كيف وجب لها خمسة من الالف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد ولا يجمع الحد والمهر ولا مخلص الا بتخصيصها الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة المحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد قوله ومن ادعت عليه امرأة نقب المسئلة ان القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ تنفذ عند ابي حنيفة رح ظاهرا وباطنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاء العقد فيه فلو ادعى نكاح امرأة او هي ادعت النكاح او الطلاق الثلاث كذبا وبرهنا وقضى بالنكاح والطلاق نفذ ظاهرا فيطالب المرأة في الحكم بالتسليم والوطي والنفقة وباطنا فيحل له وطيها وان علم حقيقة الحال لها كما مكنه وقولنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاؤه يخرج ما اذا كانت معتدة الغير او مطلقته ثلاثا فادعى انه تزوجها بعد زوج ونحو ذلك مما لا يقدر القاضي على انشاء العقد فيه فانا لا نبيحه ولا نصدقه فيفي نفاذ القضاء بها باطنا روايتان اذا وجيا كذبا وجه المنافاة ان القاضي لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض وقول ابي حنيفة هو قول ابي يوسف في الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا ينفذ باطنا فلا يسعه ان يطأها اذا ادعى كذبا واذا كان مدعى عليه يطلقها وهو قول الشافعي رح وكما لا تحل للشافعي لا تحل للاول فيما اذا وقع الطلاق الثلاث كذبا فتتزوجت آخر عند محمد وعند ابي حنيفة رح تحل للشافعي لا للاول لان القاضي يملك تطليق على الغير احيانا بخلاف العقد واختها وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بان ادعى احد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذبا وبرهن وقضى القاضي بفسخ البيع وحل للبائع وطيها لو كانت امة وكذا لو ادعى بيع الامة منه ولم يكن باعه فيقضي بها المدعي الشراء حلت له وكذا في دعوى العتق والنسب وجه تمسكهما في الكتاب ظاهر وايضا القضاء اما امضاء لعقد سابق او انشاء لا يصح الاول لعدم سابق ولا الثاني لانه لا ايجاب ولا قبول للشهود ولابي حنيفة ان القاضي مأمور بما في وسعه وانما في وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد ان القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ ولما لم يستلزم ما ذكر انفاذ باطنا اذا القدر الذي توجه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطنا اذا كان مخالفا للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله واذا انتفى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ فانا واختيار شمس الائمة رح وهو انه انشاء المعنى انه ثبت انشاء القضاء للعقد بتقدير عليه وافاد بذلك جوابها عما ابطلا به هذا الشق من عدم الايجاب والقبول والشهود فان ثبوته على هذا الوجه يكون ضمنيا ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها اذا كانت قصديات على ان كثيرا من المشايخ شرطوا حضور الشهود القضاء للنفاذ باطنا ولم يشترطه بعضهم وهو اوجه ولو انها البطلا بهذا الشق لعدم التراضي من الجانبين لم ينفع بذلك ولما كان المقتضى ما ثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء الى تقديم الانشاء الا اذا اقتصرت صحته الى نفاذه باطنا وليس مستقرا اليه لثبوته مع انتفائه في الملاك المرسلة حيث يصح ظاهرا لا باطنا او قوله قطعا للمنازعة يعني ان المقصود من القضاء قطع المنازعة ولا يقطع فيما نحن فيه الا بتنفيذه باطنا اذ لو بقيت الحرمة تكررت المنازعة في طلبها الوطي او طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الانشاء وكان القاضي قال زوجتكها وقضيت بذلك كقول هو حر في جواب اعتق عبدك عني بالف حيث يتضمن البيع وذكر الشيخ اكمل الدين

باب في الاولياء والاكفاء

ينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد رحمه الله ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا

ان بعض من حضر عنده من المغاربة منع الحصر وقال يمكن قطع المنازعة بان يطلقها قال فاجبته ما تريد بالطلاق الطلاق المشروع او غيره لا اعتبره لغيره والمشروع يستلزم المطلوب اذ لا تحقق الا في نكاح صحيح قال شيخنا سراج الدين ليس بجواب صحيح اذ له ان يريد بالطلاق غير المشروع وكونه لا عبرة به في كونه طلاقا صحيحا لا يضر اذ قد ثبت بذلك ان قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ باطنا ليجب التنفيذ باطنا بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو ان يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ باطنا لانه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر انه لم ينحصر والحق ان قطع المنازعة ينتقض سببا للتنفيذ باطنا فيما اذا كان هو المدعي لانها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق لانها اذا كانت هي المدعية لما ذكر فيه قصور عن صور المدعي وهو النفاذ باطنا في العقود والفسوخ والذي روى عن محمد على رضي الله عنه وهو ان رجلا اقام بينة على امراة انها زوجته بين يدي علي رضي الله عنه فقضى على بذلك فقالت المراة ان لي كفيلا

لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليه من محل بها اذ الظاهر ان محمدا رحمه الله يقول يرتفع المحل بإجازة الولي ووجه

الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال فلها اختيار

الرواية فتحصل ان الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفو وغيره هذا على الوجه الذي ذكرناه عن ابي يوسف من ترتيب الروايات عنه وما ذكره السرخسي رده واما على ما ذكر الطحاوي رده من ان قوله المرجوع اليه عدم الجواز الا بولي كذا الكرخي ره في مختصره حيث قال وقال ابو يوسف لا يجوز الا بولي وهو قوله الاخير فلا رجح بعضهم قول الشيخين لانها اقدم واعرف بمذاهب اصحابنا لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي ره والتعويل عليه حيث قال عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف الى اخره وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة ثلثا نفسها بغير كفو ودخل بها لا تحل للاول قالوا ينبغي ان تحفظ هذه المسألة فان المحلل في الغالب يكون من غير كفو اما لو باشر الولي عقد المحلل فانها تحل للاول اذا جاز من غير الكفو على ظاهر المذهب فللولي ان يفرق بينهما على ما ذكره في فصل الكفاءة انشاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد بعبارة النساء اصلا اصالة كانت او وكالة قوله لان النكاح شرع في الاسندلال لقول الشافعي ومالك رح وهو ان النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصد من السكن والاستمرار لتحصيل النسل وتربيته ولا تحقق ذلك مع كل زوج والتفويض اليه من محل بهذه المقاصد لان من سريعات الاغتراب سيئات الاختيار فيخشى من لا يصلح خصوصا عند غلبة الشهوة وهو غالب حالهن فصارت الانوثة تنظنة فصور الرأي لما غلب على ظنه بما ذكرنا فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الانوثة لا بكارته قاصر عن عموم الدعوى فانها لو عقدت باذن الولي لها في رجل معين كقول محمد لا يصح عندهم والوجه المذكور لا يشمله ومن ثم منع علية الانوثة ونهيها عن المباشرة كيلا تنسب الى الوقاحة وهذا التعليل لا الصغر على ما سنبين والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبة ولا يناط الحكم بالانوثة اذ ليست ملزومة دائما ولا غالبا كما هو شان المظنة وبجرد الوقوع احيانا لا يوجب المظنة واذا وجد فللولي رفعه وكون ولي يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة الى من يقوم في دفع العار المستمر عن نفسه فوقوع المفسدة قليل وتقريرا بعد وقوعها قليل في قبيل فانتفت المظنة وبقي انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة بالغة ولهذا كان لها اختيار الازواج فلا تزوج ممن لا ترضاه ثم استشكل ان يورد عليه منع انه خالص حقها والا لم يطالب الولي به فاجاب انا يطالب كيلا تنسب الى الوقاحة وهذا كلام على الواقع وهو غير مفيد الا وساوي وهو منتف فان له ادلة اخرى سمعية هي المعول عليها وهي قوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهى الاولياء عن منعهن من نكاح من يختارنه وانما يتحقق المنع ممن في يده الممنوع وهو الانكاح وعما في السنن عن عائشة رض قال صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل حسنه الترمذي وقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي رواه ابن داود والترمذي وابن ماجة واحاديث اخر في ذلك والجواب اما الآية فمعناها الحقيقي النهي عن منعهن عن مباشرة النكاح بدا هو حقيقة لا تمنعوهن ان ينكحن اذا اريد بالنكاح العقد بدا بعد تسليم كون الخطاب للاولياء والا فقد قيل للازواج فان الخطاب معهم في اول الآية واذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن اي لا تمنعوهن جبا حبسا بعد انقضاء العدة ان يتزوجن ويوافقها قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لانه حقيقة اسناد الفعل الى الفاعل واما الحديث المذكور وما يعناه من الاحاديث فمعارضة بقوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطا والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا في كتاب الامثال لابي عبيد في امثال اكثم بن صيفي كل ذات رحم لحل سقيم يضرب ليحول الزمن باهله واشد قول الاول لفاطمة اي يا مالك فتبني ولا تجزعي كل النساء يتيم وجه الاستدلال انه اثبت لكل منها ما من الولي حقا في ضمن قوله احق ومعلوم انه ليس للولي سوى مباشرة العقد اذا رضيت وقد جعلها احق منه به وبعد هذا اما ان يجري بين هذا الحديث وما مر وا حكم المعارضة والترجيح او طريقة الجمع فعلى الاول يترجح هذا بقوة السند وعدم الاختلاف في صحته بخلاف الحديثين فانهما اما ضعيفان

الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا ينسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو

لكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو لانه كمن زنا فرع ويروى حديث يحيى الى قولها

فحديث لا نكاح الا بولي مضطرب في اسناده في وصله وانقطاعه وذا رسال قال الترمذي هذا حديث فيه اختلاف وسمى جماعة منهم اسرائيل وشريك وزهير عن ابي اسحق عن ابي بردة عن ابي موسى الاشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه اسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة عن ابي موسى ورواه ابو جنيدة الحذاء عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة ولم يذكر فيه عن ابي اسحق فقد اضطرب في وصله وانقطاعه وقد روى شعبة وسفيان الثوري عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم وهذا اضطراب في ارساله لان ابا بردة لم يره صلى الله عليه وسلم وشعبة وسفيان احفظ من كل من تقدم قال واسند بعض اصحاب سفيان عن شعبة والاصح ثم اسند الى شعبة قال سمعت سفيان الثوري يسأل ابا اسحق سمعت ابا بردة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي قال نعم ولا يخفى ان هذا الكلام الرامي اما على رأسنا فلا يضر الارسال وحديث عائشة رض عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رض وقد انكره الزهري قال الطحاوي ذكر ابن جريج ان سماعه عنه ابن شهاب فلم يعرفه حدثنا بذلك ابن ابي عمران شا يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج بذلك وا ما حسان فنا على ان الاصح في الاول صلاته اوصله والرفع مقدمان على الوقف والارسال عند التعارض على الاصح وان كان شعبة وسفيان احفظ من غيرهما لكن حكاية شعبة تفيد انهما سمعاه من ابي اسحق في مجلس واحد ظاهرا وغيرهما سمعوه منه في مجالس وفي الثاني ان الثقة قد ينسى الحديث ولا يعد قادحا في صحته لبعد عدالة من روى عنه وفقهه ولذلك نظائر اشهرها ما روى ان ربيعة ذكر سهيل بن ابي صالح حديثا فانكره فقال له ربيعة انت حدثني به عن ابيك فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثني ربيعة عني اللهم الا ان يقال هذا في عدم التكذيب اما اذا كذبه بان يقول ما رويت ذلك فنصوا في الاصول على رده وفي حكاية ابن جريج اجمال في ذلك في رواية ابن عدي في الكامل اياما في ترجمة سليمان بن موسى حيث قال قال ابن جريج فلقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه فقلت له ان سليمان بن موسى حدثنا به عنك قال فاني على سليمان خيرا وقال اخشى ان يكون وهم على انتهى فهذا اللفظ في عرف المتكلمين من اهل العلم يفيد معنى نفيه بلفظ النفي واما ما خصصه به من ان عائشة رضي الله عنها روايته علمت بخلافه على ما في الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عائشة رض انها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلي تفتات عليه في بناته وكلمت عائشة رض المنذر بن الزبير فقال ان ذلك بيد عبد الرحمن وقال عبد الرحمن ما كنت لارد امرا قضيته فاستقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا فاول على معنى انها اذنت في التزويج وعهدت اسبابه فلما بقي الا العقد اشارت الى من يلي امرها عند غيبة ابيها ان يعقد يدل على ذلك ما روى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه قال كانت عائشة رض تخطب اليها المرأة من اهلها فتشهد فاذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض اهلها زوج فان المرأة لا تلي عقد النكاح وفي لفظ فان النساء لا ينكحن اسنده البيهقي عنه وعلى كلا التقديرين فالتقدمة للصحيح وهو ما رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطا وهو ما اسند للاثبات وعلى الثاني وهو ما اعال طريقة الجمع فبان يحمل عمومه على الخصوص وذلك شائع وهذا يخص حديث ابي موسى بعد جواز كون النفي للكمال والسنة وهو محمل قولها فان النساء لا تلي ولا ينكحن في رواية البيهقي بان يراد بالولي من يتوقف على اذنه امي الانكاح الابمن له ولاية لينفي نكاح الكافر المسلمة والمعتوهة والامة والعبد ايضا لان النكاح في الجملة عام غير مقيد وعلى هذا التاويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي وهو ما قدمناه من رواية ابن حبان في فصل الشهادة بخصوص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفو والمراد بالباطل حقيقته اي قول من لم يصح مباشرته من غير كفو او حكمه على قول من صححه وثبت للمولى حق الخصومة

ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح

في فسخه كل ذلك شائع في اطلاق النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة بنيانا على انه يخالف مذهبهم فان مفهومه اذا نكحت بغير نفسها باذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم والله سبحانه اعلم فثبت مع المنقول الوجه المعنوي وهو انها تصرفت في خالص حقها وهو نفسها وهي من اهله كالمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الاولى **قوله** ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح معنى الاجبار ان يباشر العقد فينفذ عليها شاءت او ابت وبنى الخلاف ان علة ثبوت ولاية الاجبار انها هو الصغر او البكارة فعندنا الصغر وعند الشافعي البكارة فاتبنى عليه انه اذا زوج الاب الصغيرة فدخل بها وطلقت قبل البلوغ لم يجز للاب تزويجها عنده حتى تبلغ فتستأذن لعدم البكارة وعندنا له تزويجها لوجود الصغر وحاصل وجه قوله ان الحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة في ثبوت ولاية اجبارها في النكاح بجامع الجهل بامر النكاح وعاقبته ونحن نمنع ان الجهل بامر النكاح هو العلة في الاصل بل هو معلوم الالغاء للقطع بجواز عقد البيع والشراء ممن جملة لعدم الممارسة مع ان الجهل منتف لانه قلما يتجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا يسقط ما يمكن ان يقال لكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة ان وجدت على المختار بل تعليق الحكم في الاصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن اهلية ان يرجع اليه في رأي ان يلتفت اليه في امر ونهي وهذا الذي ظهر اثره في التصرفات من البيع والشراء والاجارة والاقتضاء وغيرها من سائر التصرفات اتفاقا على ان الخلاف في الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة وظاهر كلام الفريقين هناك ان ذلك لم يتحقق في الشرع بعد ثم لا يخفى ان الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الاشخاص فلا يعتبر اصلا بل المظنة والكلام فيها هي البكارة او الصغر فقلنا الصغر انما البكارة فمعلوم الغاره وما من الصريح والدلالة ونوع من الاقتضاء ومقصود الشرح اما الصريح ففي سنن ابي داود والنسائي وابن ماجة ومسند الامام احمد من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان جارية بكرا اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وهذا حديث صحيح فانه عن حسين بن جابر عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما وحسين هو ابن محمد المروزي احد المخرج لهم في الصحيحين وقول البيهقي انه مرسل لرواية ابي داود ونقل ابن ابي حاتم عن ابيه تخطئة الوصل لرواية حماد هذه وابن علية عن ايوب عن عكرمة من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن ايوب عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ونسبته الوهم في الوصل الى حسين لانه لم يروه عن جرير غير مردود اما اولا فلصحة المرسل الصحيح واما ثانيا فقد تابع حسينا على الوصل عن جرير سليمان بن حرب كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادي قال فبرئت عهدته يعني حسينا وزالت تبعته ثم اسنده عنه قال ورواه ايوب عن سويد هكذا عن الثوري عن ايوب موصولا وكذا رواه معمر بن سليمان عن زيد بن جبان عن ايوب فزال الريب وصار الحاصل ان عكرمة قال مرة ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه وسلم فارسل وذكر مرة او مرارا بواسطة بينه وبين النبي صلى الله عليه وسلم ولا يضر في ذلك قال ابن القطان حديث ابن عباس هذا صحيح وليست هذه خنساء بنت خدام التي زوجها ابوها وهي ثيب فكرهته فرد النبي صلى الله عليه وسلم نكاحها فان هذه بكر وتلك ثيب اتفق على ذلك رواة الحديث وروي ان خنساء ايضا كانت بكرا اخرج النسائي في سننه حديثها وفيه انها كانت بكرا ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت انكحني ابي وانا كارهة وانا بكر فشكوت ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم الحديث لكن رواية البخاري ترجح قال ابن القطان والدليل على انهما قضيتان ما اخرجه الدارقطني عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر انكحهما ابوهما وهما كارهتان قال ابن القطان وزوجت خنساء من هبيرة وهو ابو لبابة بن عبد المنذر صرح به في سنن ابن ماجة قولت له السائب بن ابي لبابة انتهى وهذا الحديث وان كان فيه اسحق بن ابراهيم بن جرير الطبري وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الدارمي فقد رواه عنه ايضا ابو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصيداني في

لعدم التجربة ولهذا يقبض الأب صداقها بغير امرها ولنا انها صغيرة فيكون للغير عليه ولاية الاجبار والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال

ودعم الدارقطني الدارمي نفسه عن الثوري وصوب ارساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلا وعلى كل حال يتم به المقصود الذي ستناوله وروى الترمذي عن شعيب بن اسحق عن الاوزاعي عن عطاء عن جابر ان رجلا زوج ابنة وهي بكر من غير امرها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما وبهذا عن جابر رواه شعيبا في رفعه قال والصحيح انه مرسل وبه يتم المقصود تنبيها انه حجة واما لانا ذكرناه للاستشهاد والتقوية لاحاديث اخر رويت عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم وان تكلم فيها واما ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم الثيب احق بنفسها من وليها والبكر يستامرها ابوها في نفسها فاجابوا عنه بخص الثيب بانها احق فافاد ان البكر ليست احق بنفسها سنة فاستفادوه وذلك بالمفهوم وهو ليس حجة عندنا ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذي ذكرناه من وجه ولو سلم فنفس نظم الباقي الحديث يخالف المفهوم وهو قوله والبكر يستامرها الى آخره اذ وجوب الاستيمار على ما يفيده لفظ الخبر مناف للاجبار لانه بالطلب الامر او الاذن وفائدته الظاهرة ليست الا يستعار رضاها او عدمه فيعمل على وفقه هذا هو الظاهر من طلب الاستيذان فيجب البقاء معه والتقديم على المفهوم ولو عارضه والى اصل حسن للفظ اثبات الاحقية للثيب بنفسها مطلقا فاثبت مثله للبكر حيث اثبت لها حق ان تستامر وغاية الامر انه نص على احقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كانه قال الثيب حق بنفسها والبكر احق بنفسها ايضا غير انه افاد احقية البكر باخراجها في ضمن اثبات حق الاستيمار لها وسببه ان البكر لا تخلب الى نفسها عادة بل الى وليها بخلاف الثيب فلما كان الحال انها حق بنفسها وخطبتها تقع للولي صح بايجاب استيمارها ايانا فلا يثبت عليها تزويجها قبل ان يظهر رضاها بالى طب ويعضد هذا المعنى الرواية الاخرى الثابتة في صحيح مسلم ولابي داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطا الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستاذن في نفسها واذنها صماتها والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا على ما ذكرناه قريبا فانها صريحة في اثبات الاحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستيذان وذلك لما قلنا من السبب وبه تتفق الروايتان بخلاف ما مشى عليه فانه اثبات المغايرة بينهما وتخصيص المطلق وهو الايم لاعمال المفهوم مع ان باقي نفس رواية الثيب ظاهرة في خلاف المفهوم على ما قررناه في صحيح الرد الذي صح عنه صلى الله عليه وسلم كما مر فلا يجوز العدول عما ذهنا اليه في تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر بطريق الحمل والتخصيص ولا يدفعه قاعدة لغوية ولا اصلية وفي سنن النسائي عن عائشة رضي الله عنها ان فتاة دخلت عليها فقالت ان ابي زوجني ابن اخيه ليرفع خسيسته وانا كارهة قالت اجلسي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته فارسل الى ابيها فجعل الامر اليها فقالت يا رسول الله قد اجزت ما صنع ابي ولكني اردت ان اعلم النساء ان ليس الى الاباء من الامر شيء وهذا يفيد بعمومه ان ليس لها المباشرة حقا ثابتا بل الاستحباب فيه وليس من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها وذلك ايضا وهو حديث حجة وما قيل هو مرسل بن ابي بريدة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح فان سند النسائي شنا زياد بن ايوب عن علي بن عراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة ورواه ابن ماجة ثنا هناد بن السري شنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن ابيه قال جاءت فتاة وحمله على ان ذلك لعدم الكفاءة خلاف الاصل مع ان العرب لا يعتبرون في الكفاءة النسب الا الزوج كان ابن عم او اما الدلالة فلانه لو ان يتصرف في اقل شيء من مال البكر البالغة الا باذنها وكمل المال دون النفس فكيف يملك ان يخرجها قسرا الى من هو ابغض الخلق اليها ويملكه رضاها ومعلوم ان في ثبات جميع مالها هو ن عليها من ذلك وبهذا ما يفيد اعتبار قواعد الشرع واما الاقتضاء فجميع ما في الستة من الصحاح والحسان المصرحة باستيذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا اذنها كما في حديث ابي هريرة رضي الله عنه لا تنكح البكر حتى تستاذن الحديث وسياتي قريبا ان شاء الله تعالى فائدة الاصل على وفقه لاستحالة ان يكون الغرض من استيذانها انها تخالف فلو كان الاجبار ثابتا لزم ذلك ودعوى الامر بالاستيذان عن الفائدة بل لزمت الاحالة وان لم يكن الاقتضاء المصطلح فانا قد قدمنا انه نوع منه وقد ظهر ظهورا لا مزيد عليه ان ايجاب الاستيذان صريح في نفي اجبارها والولاية

وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال فاذا استاذنها الولي فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جهة الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزية مما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا

عليها في ذلك وانما تحقق مقصوده شرعية العقد فلان المقصود من شرعية انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى ولا تحقق لهذا مع غاية المنافرة فاذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب ان لا يجوز لانه حينئذ لا يترتب عليه فائدته ظاهرا بخلاف ما اذا لم يكن ذلك ظاهرا ثم يظهر بعد العقد فانه سيجانبه اعلم قوله واذا ملك الخ بيانه ان العادة جرت لقبض الابكار لصدقة الابكار ليجهزوهن لما مع اموال المنسلم من غير معارضة البنات في ذلك لا باسين ولا ستحياء البنات من المطالبة والاقتضاء وكان الاذن منهن ثابتا دلالة فظهر اقوى مما ذكرنا فعن هذا لك يملك الزوج بالدفع اليه الا ان يوجد منهما صريحا لان الدلالة لا تقاوم الصريح بخلاف مستلقاها ومن فروع قبض الاب صداقها انه لا يملك الا قبض المسمى حتى لو كانت بيضاء لا يملك قبض السود ولا العكس لانه استبدال ولا يملكه قال الحلواني رح هذا ما علمناه وعن علمائنا رح انهم جوزوا وهو ارفق بالناس وفي الفتاوى الصغرى وان قبض البيضاء يعني بدل المسمى لا يجوز الا في مكان جرت العادة فيه بذلك كما في رساتيقنا يأخذون ببعض المهر ضياعا فحينئذ اذا كانت كبيرة بكرا فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لانه بيع والاب يملك بيع مال الصغيرة وفي النوازل وان كان في بلد يتعارفون قبض الضياع باضعاف قيمتها جاز لانه قبض المهر بحكم العرف وليس شرائي بحقيقته وللاب ان يطالب بالمهر وان كانت الزوجة صغيرة لا يتمتع بها بخلاف النفقة لانها جزاء الاحتباس ووجوب المهر حكم نفس العقد والجزء عند عدم الاب كالاب لا يملك غيرها قبض المهر ولا الام الا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة حتى لو قبضت الام بلا وصاية فكبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الام كذا ذكر في جوامع الفقه زاد للقاضي قبض صداق البكر صغيرة كانت او كبيرة الا اذا نهت ولو طلب الام مهرها اعني البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها يعني فلا تملك قبضه لانها خرجت عن حكم الابكار وقال الاب بل هي بكر في منزلي فالقول قول الاب لان الزوج يدعي جاوزا بالبنية فان قال الزوج حلفوه انه لم يعلم اني دخلت بها قال الصدر الشهيد يحلف ان يحلف وهو جواب لان الاب لو اقر بذلك صح اقراره في حق نفسه حتى لم يكن له ان يطالب بالمهر وكان له المطالبة للبنت وكانت التحليف مفيدا وروايت في ادب القاضي انه لا يحلف ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للاب والابنية غير ان الاب اقر انه قبضه ان كانت البنت بكرا وقت الاقرار صدق ديانة فلا لان اقراره حالة البكارة في حال ولايته قبضه بخلاف حال الثيوبة ولا يشكل عدم التصديقة حال الثيوبة هذا اذا كانت كبيرة فلو كانت صغيرة صدق ولو تزوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعت الى ابيك وانت صغيرة وصدقه الاب لا يصح اقراره عليها اليوم ولها ان تأخذ المهر من الزوج وليس للزوج ان يرجع على الاب لانه اقر باستحقاقه القبض الا ان قال عند قبض المهر اخذته منك على ان ابرائك من صداق بنتي فحينئذ له ان يرجع عليه اذا انكرت قوله واذا سكتت الخ ظاهر حكما ودليل والمراد بالسكوت الاختياري فلو اخذها باسعال او عطاس او اخذ فاها فخلصت فردت ارتدو لا فرق بين العلم والجهل في التجنيس حتى لو تزوجها ابوها فسكتت وهي لا تعلم ان السكوت رضا جاز ولو تبسمت يكون رضا في الصحيح وما حكاه بقوله وقيل اذا ضحكت كالمستهزية لا يكون رضا وضحك الاستهزاء لا يخفى عن غيره واذا بكت بلا صوت لا يكون ردا اختيره للفقيه ابي الليث وعن ابي يوسف رح في البكاء انه رضى لانه شدة الحياء وعن محمد رد لان وضعه لاظهار الكراهة والمعول اعتبار قرائن الاحوال في البكاء والضحك فان تعارضت او اشكل احتيط وعن هذا اعتبر بعضهم من ان دموعها ان كانت حارة فهو رد او باردة فهو رضا لكنه اعتبار قليل الجدوى وعديمه اذ الاحساس بكيفيتي الدمع لا يتهيأ الا لذا الباكي ولو ذهب انسان بحيث لا يدرك حقيقة المقصود وليس بمعتاد ولا يطمئن القلب الى انه كذا وذكر شيخ الاسلام وغيره مسائل اعتبر السكوت فيها رضى منها هذه ونحن تممنا ما تيسر وقد جمعتها في هذه الابيات لتسهيل الحفظ ها سكوت بكر في النكاح وفي ها قبض الاب صداقها اذن ها قبض الملك والمبيع ولو ها في فاسد واذا اشترى لها عين ها ولد الصبي وذوا الشر اذا ها كان المبارك كذا سنوا ها مولى الاسير بان وهو بري ها ولو الولد اذا انفصل الزمن

فان ادعى الزوج دخوله بها وانكرت

فان ادعى انها الولي

قال وان فعل هذا غير الولي يعني استام غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستام رسول الولي لانه قائم مقامه وتعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه

وعقيب شق الزق او دابة يعني به الاسكان اذ ظنوا وعقيب قول مواضع يمضي واوضح مال زاد ربح ثوبه وبلوغ جارية وزوجها غير الابن بذاك قد سواء وكذا الشفيع وذو المهالة في النسب شراه من بعض واذا يقول لغيره فسكت هذا استامني بعبدي هذا واذا راى ملكا يباع علانية وتصرفوا زمنا فلم يدع قول سكوت بكر شمل ما قبل النكاح وما بعده اعني اذا زوجها فبلغها فسكت قولي قبض الملك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به اذا قبضا بمراى من المالك فسكت كان قبضا معتبرا يثبت به الملك وكذا المبيع ولو في بيع فاسد اذا قبضه المشتري بمراى من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع اياه الى استيفاء الثمن فليس له ان يسترده ولا يطالب بالثمن وفي كتاب الاكراه لا يكون اذنا صحيحا في الفاسد واذا اشترى ثمن يعني اذا اشترى العبد شيأ بحضرة سيده فسكت كان اذنا قال الحلواني لكن نفس ما وقعت الرؤية فيه لا يجوز بل بعده والصبي اذا اشترى او باع بمراى من وليه فسكت كالعبد وذو الشرى اي المشتري عبدا اذا كان له الخيار فراى العبد يبيع ويشتري فسكت سقط خياره لان الاذن فرع نفاذ البيع ومولى الاسير اي العبد الذي اسر اذا ظهر على دار الحرب فوقع في سهم مسلم كان مولاه احق به بالقيمة فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له ان ياخذه وابو الوليد اذا سكت ولم ينهه حتى مضت ايام التنهية على الخلاف في مقدار ارضه اهبوا الاسبوع او مدة النفاس لزمه فلا ينقض بعده والسكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يمين الشق بالسال وعقيب بجلت على ان لا اسكن فلانا او فلان ساكن فجئت فان قال عقيبه اخرج فابى لم يحنث اي وعقيب قول مواضع اي رجل واضع غيره على ان ينظر بيع تحيته ثم قال بدا لي جعله بيعا نافذ المسمع من الآخر فسكت كان نافذا عقيب رجل وضع متاعه بحضرته وهو ينظر اليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظها وعقيب بقص بكر والشفيع اذا بلغهما البيع فسكت كان تسليما وذو الجهالة مجهول النسب اذا باع فسكت فهو اقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية الا ببينة زاد الطحاوي رح في اعتبار سكوته رضا وقيل له قم مع سيدك فقام واذا يقول رجل لغيره وهو متاعي فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولا للوكالة لا البيع لنفسه وليس من فروع هذه في الجوامع لو استام رتبت عمة لنفسه هي بكر بالغة فسكت فزوجها من نفسه جاز لانه صار وكيلا بسكوتها واذا راى ملكا له منقولا او عقارا أبيع فسكت حتى قبضه المشتري وتصرف فيه زمانا سقط دعواه اياه وذكره في تتمة الفتاوى وغيرها بخلاف ما لو كان سكوته عند مجرد البيع فانه لا يكون رضا واعتبر ابو يوسف رح في اعتبار سكوته رضا ابن ابي ليلى والتي زوجها مسئلة للوديعة والاستغراب عدم المصر وهذه المشهورة لا المحصورة

قوله وان فعل هذا اي الاستيذان غير ولي بان كان الاب كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كالاخ مع الاب لم يكن سكوتها ولا ضحكها رضى بل لفلتها به وهذا يشمل رسول الولي فاخر جه اخرا بقوله بخلاف ما اذا كان المستام رسول الولي لانه قائم مقامه سكوتها عند استيذانه ليس برضا وعن الكرخي رح يكفي سكوتها وان كان المستام اجنبيا لان استحياءها منه اكثر منه مع الولي قلنا السكوت فيه لظاهر آخره وهو قلة الالتفات الى كلامه فصار محتملا على السواء فلم يقع دلالة على الرضا الا لحاجة وهي تندفع باعتباره مع الاولياء لانهم هم المزوجون غالبا فكان اعتباره في محل الحاجة بخلاف غيرهم اذ لا اعتبار المحتمل في غير محل الحاجة وانما كان حاجة لانها لا تتطلق فلو لم يكلف بالمحتمل تعطلت مصالحها وهذا يقتضي انه مع الاولياء ايضا محتمل على السواء وبناء فيه قوله لان جنبة الرضا فيه غالبة فكان الاولى الاقتصار على قوله فلم يقع دلالة على الرضا وقول المصنف ولو وقع دلالة كان محتملا ظاهر العبارة ولو وقع دلالة كان محتملا ان اراد احتمالا مساويا لم يصح جعله دلالة وان اراد مرجوحا كان الرضا مظنونا فهو دلالة فيكون كافيا مطلقا لا بقيد بحال كون المستام وليا فان قيل لتشكل على هذا الحكم المذكور بطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اذا نهاها ان تستكت ونحوه من غير تقييد بكون المستام وليا قلنا يقيد بالعرف والعادة وهي ان المستاذن للبكر ليس الا الولي بل لا يخلص اليها غيره قوله ويعتبر في الاستيمار اي يعتبر في كون السكوت رضا في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لها اما باسمه

ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم الخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد والعدالة عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا

كان زوجك من فلان او فلان او في ضمن العام لاكل عام نحو من جيراني او بني عمي وهم محصورون معروفون لها لان عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا بخلاف من بني تميم او من رجل لانه عدم تسمية لضعف الظن في لو زوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه والاصح الصحة وينبغي تقييده بما اذا كان الزوج حاضرا او عرفته قبل ذلك ولو زوجها بحضرتها بغير كفو فسكتت لم يكن رضا في قول محمد بن سلمة وهو قول ابي يوسف رح قال الفقيه ابو الليث وهو يوافق قولهما في الصغيرة قوله ولا يشترط تسمية المهر اي في كون السكوت رضا وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة والصحيح الاول لان النكاح صحيح بدونه وصح في شرح الوافي ان كان الاب او الجد لا يشترط والا يشترط لان الاب لو نزل عن مهر المثل لا يكون الا لمصلحة تربو عليه فان سمى لها قل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا انتهى والاوجه الاطلاق وما ذكر من التفصيل ليس بشئ لان ذلك في تزويجه الصغيرة بحكم الجبر والكلام في الكبيرة التي وجبت مشاورتها والاب في ذلك كالاجنبي لا يصدر عن شئ من امرها الا برضاها غير ان رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف فيكون رضا ومقتضى التعليل ان لا يصح بلا تسمية المهر لجواز كونها لا ترضى الا بالزائد على مهر المثل بكثير خاصة فالم تعلم ثبوتها لا ترضا وصحة العقد بالتسمية هو فيما اذا رضيت بالتفويض وقنعت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت وكون الظاهر من الاب ان لا يترك الا لما يربو عليه لا يقتضي رضاها بتركه لذلك المصلحة فقد لا تختار ذلك والكلام في البكر الكبيرة والمسئلة المعروفة فيه من قول ابي حنيفة انما هو في الصغيرة اما الكبيرة فتفاد تزويج الاب موقوف على رضاها كالوكيل غير ان سكوتها جعل دلالة شرعا فاذا عارضه ترك التسمية او تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه لا رضا او بخوف الرد مع حدته فلا ثبت الرضاء به وفي غيره ليس الاحتمال متساويا بل الراجح جهة الرضا مما اكتفى الا بالمظنون على ما ذكرناه آنفا وقد يقال سكوتها اذا لم يعلم لها الولي مهرا مع علمها بانه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها بالتفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر لكن يدفع بان علمها بان سكوتها مع عدم التسمية يكمل مهرا هو محل النزاع فلا يلزم علمها وفي التجنيس في باب ما يكون رضا واجازة اذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت ان وهبها العين فوضها ينفذ النكاح فان زوجها بمهر مسمى لا ينفذ لانه اذا وهبها فتم العقد بالزوج والمرأة عالمة به واذا سمى مهرا فتمامه به ايضا انتهى وهو فرع اشتراط التسمية في السكوت كون رضا ويجب كون الجواب في المسئلة الاولى مقيدا بما اذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر قوله ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا من انها ان سكتت او ضحكت بلا استهزاء او بكت بغير صوت فهو رضا والا فلا قال ابن مقاتل لا يكون السكوت بعد العقد رضا لان كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص والحاجة الى ان اجازة السكوت على ان يكون اجازة لانه ليس في معنى المنصوص فان السكوت عند الاستيذان ليس ملزما وبعده اذا بلغها الخبر ملزم فلا تثبت بمجرد السكوت وعن ابي يوسف ان السكوت بعد العقد رد ذكره في البدايع قال وهو قول محمد وهو الاصح الاول لان وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده فلما كان اذنا قبله لدلالته على الرضا وجب ان يكون اجازة بعده لدلالته عليه ولا اثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على ان الحق انه ملزم في كل منهما غير انه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستاذن فان قيل يوجه قول ابن مقاتل ورواية ابي يوسف بالنص وهو رواية الائمة الستة عن ابي هريرة عن صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت فهذا صريح في منع النكاح قبل الاستيذان فالجواب ان الاتفاق على انها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا جاز النكاح مع انه متناول ظاهر النهي فعلم ان الاتفاق على ان المراد بالنهي ان المنع عن تنفيذ العقد عليها وابرامه قبل اذنها وانما الخلاف في ان الاجازة بعد العقد بما ذا يكون فقلنا دل النص على كونها بما كان الاذن به قبله ولا يعارضه النهي المذكور بعد الاتفاق على ان المراد منه ما ذكرناه وعلى هذا فرعوا انه لو استاذنها في غير معين فزوجت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الاصح بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت

ولم نظائر وتستأذن الثيب فلا يدمر بضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عينا منها وقال بالمباشرة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت ببكارة ثابتة او حيضة او جراحة او تنفيس فهي في حكم البكر لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه البكورة والبكرة ولانها تستحي لعدم الممارسة ولو زالت ببكارة زنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رح لا يكتفي بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والثابة والتثويب ولابي حنيفة رح ان الناس عرفوها بكرا فيجيبوها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفي بسكوتها كيلا تتطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطيت بشبهة او نكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث حلق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهرت لا يكتفي بسكوتها

حيث لا تجوز لان العقد يبطل بالرد فالرضا بعد ذلك لبقاء مفسوخ ولو استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما اذا زوج قبل الاستبراء ان ذا غالب حالهن اظهار التضرة عند فجاءة السماع هذا والاوجه عدم الصحة لان ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ولو كانت قالت قد كنت قلت لا اريد ولم تزد على هذا لا تجوز النكاح للاخبار بانها حلى انتفاعها **فروع** ولو زوجها وليان مستويان كل من واحد فسكت فعن محمد رح بطلا كما لو اجازتهما معا وهو القياس لان سكوتها رضا وظاهر الجواب انهما يتوقفان حتى يجيز احدهما بالقول او بالفعل وتقله في البدايع عن محمد رح ففيه روايتان ولو زوجها من رجل فبلغها فردت ثم قالت في مجلس آخر بعد ما قال لها ان اقوالا يخطبونك كنا راضيت بما تفعل فزوجها من الاول لا ينفذ عليها الا باجازة مستقبلة لان تقييد كلامه اذ رغبت عن فلان فان اقواما آخرين يخطبونك فلا يتصرف رضا ما الآن الى بايع الاول هذا لكن طلق امرأته ثم قال لرجل اني كرهت فلانة فطلقها فزوجني بامرأة ترضاها فزوجه المطلقة الاصح وكذا اذا باع عبدا ثم وكل بشراء عبد فاشترى له الاول لا يصح ولو زوجها فبلغها فقالت لا اريد النكاح فهو رد على الاصح وقولها غيره احب الى قبل العقد رد قبله اذن لانه محتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك كذا في الواقعات وقولها اذا ذاك اليك اذن وقولها انا اعلم ليس باذن لانه تقريب قولها او يقاربه بالقرائن فتوبد اني ولو استاذنها فقالت لا يكون اذنا لانه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه وحقيقة توبد اني اثبت بالصحة اغيرا وبالاحسن على هذا اختيار الفقيه ابو الليث بخلاف قولها ذاك اليك فانه اذن لانه انما يذكر للتوكيل ولا يخفى ان مسئلة غير واجب مشكلة ولا يخفى ضعف قوله لا يبطل بعده بالشك لان ذلك انما يتم بعد الصحة وهو بعد الاذن **قوله** وله نظائر كاخبار الوكيل بالعزل والماذون بالحجر والمولى بجنايه عبده ليكون بيعه واعتاقه اختيارا للفداء والشفيع ببيع بالشفعة فيبطل وتفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الاحكام على المسلم الذمي لم يهاجر في دار الحرب ان كان المخبر رسولا لاشتراط اتفاقا ولو فاسقا او عبدا لانه قائم مقام المرسل فاخباره كاخباره وان فضوليا ففي الخلاف عنده يشترط في لزوم الحكم العدد وعند الواحد فلو اخبر غير المهاجر بحكم شرعي لا يثبت في حقه الا باثنين او صدالة الواحد **قوله** واذا استاذن الثيب اي الكبيرة اما الصغيرة فلا استيذان في حقها اصلا كالبكر الصغيرة فلا بد من رضاها بالقول صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ولا تكون المشاورة الا بالقول لانها طلب الراي ثم هي مفاعلة فتقتضي وجوده من الجانبين وفي كل من الحكم والدليل نظرا الى الدليل فلعدم دلالته على لزوم القبول سلمنا ان المشاورة تطلب الراي لكن لا نسلم انه يتبعه في افادة الراي فعل اللسان بل قد يفيد لغيره ولزوم القبول في حق الطالب ضروري لا مفهوم اللغة وح فكون المشاورة تستدعي جوابا باللفظ ممنوع واستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابي هريرة رض السابق لا تنكح الايم حتى تستامر والامر بالقول لا لغيره ومنع بما في السنن من حديث ابن عباس رض والبكر تستامر في نفسها واذنها صماتها وأجيب بانه خرج عن حقيقته هنا بقرينة قوله واذنها صماتها ولو جد مثلها في الثيب فيجب حقيقته واخرج من هذا قوله في حديث آخر والثيب يعرب عنها لسانها لكن يشكل عليه ان الحكم في المذهب خلافه وهو النظر الثاني بل اما به كنعم ورضيت وبارك الله لنا واحسنت وبالدلالة بطلب المهر والنفقة وتمكينها من الوطي وقبول التهنئة والضحك سرورا لا استهزاء وح فلا فرق سوى ان سكوت البكر رضى بخلاف الثيب لا بد في حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت والحق ان الكل من قبيل القول الا التمكين فثيب بدلالة نص الزام القول لانه فوق القول **قوله** واذا زالت بكارتها اذا زالت ببوثبة او حيضة او جراحة او تنفيس وهي ان تصير حائضا اي عصفاء او تتزوج او تحرق استحبابا او عنوة او دخل ثقيل تزوج كالبكارة اتفاقا وكذا اذا فارقها الزوج بعيب او عنة او طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوة وهذه مما يخالف حكم الخلوة والدخول وكذا اذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لانها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لانها لم يصبها فيثيب ولهذا لو اوصى للابكار شيء فلان وخلت هذه ومنع بالجارية تباع على انها بكر حيث تزداد وجدت زايلة البكارة بوثبة ونحوها فلو كانت بكرا لم ترد

واذا قال الزوج بلغني النكاح فسكت وقال رددت فالقول قولها وقال زفر رده القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه برد دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فالايمين عليها عندنا خلافا لزفر وهي مسئلة الاستحلاف في اشباه السنة وسيأتيك في الدعوى انشاء الله

والجواب ان البكر يقال على من لم يصبها مصيب ومنه البكورة لاول الثمار والبكرة لاول النهار وعلى العذراء وهو اخص اذ هي من لم يصبها مصيب ومن افراده قائمة العذرة فهو متواطئ وحمل على هذا الفروع في البيع المبني على المشاحة فترد لفوات العذرة وهي تلك الجلدة وعلى الاعم الاوسع في النكاح المبني على التوسعة وشدة التشبث حتى لزم من الهازل والمكره وبصيغة الامر بخلاف البيع على انه قد قيل اذا اعترف المشتري بان زوالها بوثبة لا ترد وان العادة اراقة العذرة في اشتراط البكارة في البيع فتيقيد بها وايضا لو اوصى لابكار بني فلان دخلت هذه وايضا الاستحياء قائم وانها علة مقصودة فتثبت الحكم في مواضع وجودها بالنص وفيه نظر اذ الاستحياء حكمة نص عليها لا ينا ط الحكم عليها لعدم انضباطها ولذا لو فرض استحياء من زالت بكارتها بزنى اشد من استحياء الثيب لا ترد كالبكر وهذا لان الحكمة اذا كانت هي المقصودة من شرح الحكم لا ينا ط بها اذا كان فيها مراتب متفاوتة اد خفا في تحققها في بعض المحال ولا ينا ط الا بظاهر ضابط لكل مرتبة وهو المسمى بالمظنة فيثبت الحكم عند ثبوتها من غير التفات الى الحكمة وجدت او عدمت ولو اعتبر حياء البكر لانه هو المنضبط اتحد الحاصل اذ يستلزم قيام البكارة في ثبوت الحكم وان زالت بزنى مشهور او بوطئ بشبهة او نكاح فاسد زوجت كالثيبات اتفاقا وان زالت بزنى غير مشهور فهو محل الخلاف فعندهما والشافعي تزوج كالثيب وعنده كالبكر وجه قولهما انها ثيب حقيقة فان مصيبها عالما بها ومنه المثوبة جزاء عمله يعود اليه والمثابة الموضع الذي يرجع اليه حتى تدخل في الوصية للثيبات من نبات فلان ولانها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة ان يعلم زنا ما حياء من ظهوره وذلك اشد من حيائها بكرا من اظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر وهذا القيد لو كان الحياء مطلقا هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه وبه يندفع جواب ما اورد من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الايم حتى تستامر والثيب يعرب عنها لسانها من انه عام خص منه الثيب الصغيرة والامة فتخصص باذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود في المزينة ونفس المجيب صرح بعده في مسئلة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بان الايم من لا زوج لها وان كانت بكرا بالبعد انتقل قول محمد ره لو اوصى لايامى بني فلان لا تدخل الابكار وصح ويخولهن كقول الكرخي لذلك والاولى ان الغرض ان الزنى غير مشهور ففي الزامها النطق اشاعة له فيعارض دليل الزامها النطق دليل المنع من اشاعة الفاحشة في هذه الصورة والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراءه وايضا الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضى البكر ظاهرا كما هو في امثاله لا في نفس الامر ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عن استئذانها اهـ بكرا الآن ليكتفي بسكوتها تمام لا بل اكتفى بالبناء على الاصل الذي لم يظهر خلافه والكلام هنا في ثبوت بزنى لم يظهر فيجب كونها بكرا شرعا ولذا قلنا لو ظهر لا يكفي سكوتها قوله اذا قال الزوج بلغني الخ صورته ادعى على بكر بالغة ان وليها زوجها منه قبل استئذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا وقال زفر وله لتمسكه بالاصل وهو عدم الكلام وتظير هذا الخلاف فيما اذا قال سيد العبد ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال العبد لم ادخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا وعنده للعبد وهذه العبارة اولى من قوله في المبسوط ان الخلاف في مسئلة النكاح بناء على الخلاف في مسئلة العبد اذ ليس كون احدهما نفسه مبنى الخلاف في الآخر بل القلب بل الخلاف فيهما معا ابتداء ووجه قوله فيهما التمسك بالاصل المتبادر وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياسا على المتفق عليه من ان المشتري بالخيار اذا ادعى بعد مدة الخيار رد المبيع قبل مضيها وقال البائع بل سكت حتى انقضت فان القول للبائع اتفاقا لتمسكه بالاصل والشفيع اذا قال علمت بالبيع امس وطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكت القول قول المشتري اما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له والمزوجة صغيرة من الولي غير الاب والجد اذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر بعد البلوغ او حين بلغت وكذبها الزوج فان القول له وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر سواء كان ذلك الظاهر هو الاصل بحسب ما يتبادر اه وبحسب المعنى ولا يخفى ترجح هذا الاعتبار واذا كان كذلك فقد

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بل اذا كانت الصغيرة ثيبا والولي هو العصبة وقال مالك رح لا يخالفني في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا يتوفر الابن المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي رح ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقتهم وبعد قرابتهم ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى

ادعى بذعواه سكوتها تملك بضعها من غير ظاهر معه وهي تنكر وانظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها الذي هو الاصل فكانت هي تمسكة بالاصل ظاهر تمسكة بالاصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالمودع يدعي رد الوديعة والمودع ينكر فان القول للمدعي الرد وان كان مدعيا صورة تمسكه بالاصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه ظاهرا لا بكونه اصلا بخلاف مسئلة الخيار لان العقد ثبت صحيحا في الاصل وقد لزم بمضي المدة ظاهرا فالتمسك بعدمه تمسك بالظاهر وكذا المرء وجة صغيرة تدعي زوال ملكه بعد ما فقد عليها حال صغرها يقينا والزوج منكر وتمسكه الشفيع ثم ان اقام الزوج البينة على سكوتها عمل بها لانها لم تقم على النفي بل على حالة وجودية في مجلس خاص تحاط بطرفيه او هو نفي يحاط به الشاهد فيقبل كما لو ادعت ان زوجها تكلم بها هو رد وهي مجلس فاقامها على عدم التكلم فيه تقبل وكذا اذا قال الشهود كنا عندها ولم تسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك كذا في الجوامع وان اقاما بينتهما اولى لاثبات الزيادة اعني الرد فانه زائد على السكوت ولو كان اقامها على انها رضيت او اجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما في الاثبات وزيادة بينته باثبات اللزوم كذا في الشرح وعزاه في النهاية للتمرتاشي وكذا هو في غير نسخة من الفقه لكن في الخلاصة تقلا عن ادب القاضي للخصاف في هذه المسئلة لو اقام الاب الزوج البينة على الاجازة والمرأة على الرد فبينتها اولى فيحصل في هذه الصورة اختلاف المشائخ ولعل وجه ان السكوت لما كان مما يتحقق الاجازة به لم يلزم من الشهادة بالاجازة كونها بامر زائد على السكوت مالم يصرحوا بذلك فلم يحرم باستواء البينتين في الاثبات وهذا كله اذا كان قبل الدخول فلو قالت لم اجزه بعد الدخول لم يتصدق على ذلك الا ان كانت مكرهة فح القول لها ظهور دليل السخط دون الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه لا يقر عليها بثبوت الملك وهو اقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يستتبع اقراره في لزومه ايضا كذا في المبسوط ولو لم يكن للزوج بينة يمين بالله تعالى من عصبته من غير يمين تلزم به عند ابي حنيفة رح وعندهما عليها فان كانت بقي النكاح عندهما وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء وزيد عليها دعوى الامة انها سقطت مستبين الخلق فصارت ام ولد وجمعتها في هذين البيتين بنكاح وفيء ايلاء ورق ؛ ورجع ولاء نسب ؛ ودعوى الاماء امومية ؛ فليس بها عين وجب ؛ وسياتي في الدعوى صورها والفتوى على قولهما فيها وقيل يتامل قاضي في حال المدعي فان ظهر له منه التعنت قضى بقوله والا بقولها وفي الغاية مغتربا الى قاضي الخاص انه لو ادعى رجل على آخر انه زوجه بنته الصغيرة فانكر يحلف عند ابي حنيفة وفي الكبيرة لا اعتبارا بالاقرار فيها واستشكل على قوله لان امتناع اليمين عنده لامتناع البدل لا لامتناع الاقرار الا ترى ان مراة لو اقرت لرجل بنكاح نفذ اقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فانكرت فالاشبه ان يكون هذا قولهما **قوله** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي لقوله تعالى واللائي لم يحضن فاثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصورنكاحها شرعا فبطل به منع ابن شبرمة وابي بكر الاصم منه وتزويج ابي بكر عائشة رض وهي بنت ست نص قريب من المتواتر وتزوج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضي الله عنهم نص في نفي الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة رض **قوله** والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة فعنده لا يلي عليها احد حتى تبلغ فتزوج باذنها وقد ذكرناها وجه قول مالك رح ان الولاية على الحرة انما ثبتت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس لان اثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج ابي بكر عائشة رض وهي بنت ست والجد ليس في معنى الاب ليلحق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة اليه ولذا يقدم وصي الاب عليه فيقتصر على مورد النص قلنا بل هو موافق للقياس لان النكاح يراد لمقاصده ولا يتوفر الابن المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا ولاية الاب بالنص لعلة احراز الكفو اذ ظهر به للحاجة اليه اذ قد لا يظفر به اذا فات بعد حصوله فيتعدى الى الجد وجه

ولنا ان القرابة داعية الى النظر لما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تقيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا يثبت ولاية الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية ان البنابة سبب لحدوث الراى لوجود الممارسة فاذا رنا الحكم عليها بيسير اولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الراى بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجها الاب او الجد يعني الصغيرة والصغير فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الراى في افراد الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجها غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح

قول الشافعي رح ان التفويض الى غيرهما مخل بهما لقصور شفقته لبعد قرابته ودلالة الاجماع على اعتبارها فيه من القصور رسنا لنا للولاية وهو الاجماع على عدم ولاية في المال الا بوصية وهو ادنى من النفس فسلبها في النفس اولى ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستامر واليتيمة الصغيرة التي لا اب لها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم وفي الحديث ان قدامة بن مظعون زوج بنت اخيه عثمان بن مظعون من ابن عمر رضه فرفعها صلى الله عليه وسلم وقال انها يتيمة وانها لا تنكح حتى تستامر وتاثير هذا الوصف ان فرد وجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية في المال ففي النفس اولى ان لا تثبت ولنا قوله تعالى فان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الاية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن وهذا فرع جواز نكاحها عدم الخوف لا يقال ذلك بمفهوم الشرط لان الاصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقا فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فعند عدمه يثبت الجواز بالاصل المهر لا مضافا الى الشرط ويصح بجواز نكاحها قول عائشة رض انها نزلت في يتيمة يكون في حجر وليها يرغب في مالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن في الصداق وقالت في قوله تعالى في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن الاية نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها لذمامتها ولا يزوجها من غيره كي لا يشاركه في مالها فانزل الله تعالى هذه الاية فهذه الاية امرت بتزويجهن من غيرهم او تزويجهن وزوج صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رض من عمر بن ابي سلمة وهي صغيرة وانما زوجها بالعصوبة لا بالولاية تثبت بالنبوة لانه صلى الله عليه وسلم لم يزوج بها قطا ولو فعل لم يزوج احدا لاغنه لكن كانوا يتزوجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر انه سأله عن تزوجه فذكر انها ثيب فقال هلا بكرا الحديث وراى علي عبد الرحمن بن عوف الصغرة فقال منهم قال تزوجت وسألهم كم ساق لها والاثار في جواز ذلك شهيرة عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رض والمعنى ان الحاجة الى الكفو ثابتة لان مقاصد النكاح لا تتم معه وانما يظهر بعض وقت دون وقت والولاية لعلة الحاجة فيجب اثباتها احرازا لهذه المصلحة مع ان اصل القرابة داعية الى الشفقة غير ان في هذه القرابة قصورا اظهرناه في اثبات الخيار لها اذا بلغت واذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة في الحديث اليتيمة البالغة مجازا باعتبار ما كان الا ترى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المنع بالاستيمار وانما تستامر البالغة وحديث قدامة تاويله انه خيرها صلى الله عليه وسلم فاختارت الفسخ الا ترى الى ما روى عن ابن عمر رض انه قال والله لقد انتزعت مني بعد ان ملكتها وانا المال فانه لا يعارض ذلك لقدر من الشفقة كونه محبوب الطبع حبا يفضي الى القطيعة عند المعارضة في قرابة العصبات بالخيانة فيه لنفسه ولغيره بالمحاباة ويخفى لتعذر احضاره لتداول الايدي عليه ولجهالته او لتسامحه في العوض في المقايضة فلا تقيد الولاية غير الملزمة فائدة عدم اللزوم وهو التدارك فاتنفت والملزمة لنقصور الشفقة فتعذر اثبات الولاية وحاصله ان القرابة مع قصور الشفقة تقتضيها ولاية غير ملزمة وقد تعذر مقتضاها في المال فاتنفت فيه وامكن في النفس فثبتت فيه وهذا ما اشتبنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد قبله من القاضي عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهرا وعدم كفاءة وبهذا قوله في الثيب الصغيرة انها لا حاجة ولا حاجة بحدوث الراى في امر النكاح لممارسته ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور افاد منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة الى احراز الكفو والولاية عليها في النكاح مع عدم الشهوة ليس الا لتحصيله ولا راى حالة الصغر باعتبار انه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم اهلية المشاورة حتى اخر جواز انكاحها الى البلوغ فكان اصل هذا الكلام تناقضا فان سلب الولاية لعلة حدوث الراى لتصريح بحديث الراى تاخير نكاحها لعدم اهلية المشاورة نيا قضه فلزم كون المراد بالثيب في الحديث البالغة حيث علق بالثيوبة ما لا يعتبر الا بعد البلوغ فاذا لم يحدث الراى قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله تثبت الولاية لتحقق الحاجة على ما ذكرنا

وقال ابو يوسف رحمه الله لا خيار لها اعتبارا بالاب والجد لقطع ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الامي والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر فتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكور والاناث فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالاناث فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي يتفرد به

فمدار الولاية الصغر قال المصنف رحمه والذي يؤيد كلامنا فيما تقدم يعني من جواز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي العصبة مطلقا بعد ما كفينا مؤنته اثباته بما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل بين الاب والجد وغيرهما من العصبات في صورة الصغر ولما روي عن علي موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزي بلفظ الانكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم امامة بنت عمه حمزة وهي صغيرة وقال لها الخيار اذا بلغت هذا والترتيب في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فتقدم عصبة النسب واولاهم الابن وابنه وان سفل ولا يتأتى الا في المعتوهة وبهذا قولها خلافا لمحمد فانه يرى ان الاب مقدم على الابن وسياتي المسئلة وهل تثبت الخيار للام المعتوهة اذا افاقت وقد زوجها الابن في الخلاصة ولو زوجها الابن فهو كالاب بل ولي ثم الاب ثم الجد ابوه ثم الاخ الشقيق ثم الاب وذكر الكرخي رحمه ان الاخ والجد يشتركان في الولاية عندهما وعند ابي حنيفة رضي الله عنه ورضي عنا به يقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث والاصح ان الجد اولى بالتزويج اتفاقا ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم ثم اعمام الاب كذلك الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم ابناؤه وان سفلوا كل هذا لا يثبت لهم ولاية الاجبار على البنت والذكر في حال صغرهما وحال كبرهما اذا جنا مثلا غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه ابوه وهو رجل جاز اذا كان جنونا مطبقا ولم يقدر ابو حنيفة في الجنون المطبق قدرا على ما سنذكره فان افاق فلا خيار له واذا زوجه اخوه فافاق فله الخيار ثم العتق وان كان امراة ثم بنوه وان سفلوا ثم عصبة من النسب على ترتيب عصبات النسب اذا عدم العصبات هل يثبت لذوي الارحام يأتي

قوله وقال ابو يوسف يعني آخرا وقوله الاول كقولهما ثم رجع الى ان لا خيار وهو قول عروة بن الزبير اعتبارا بالاب والجد وهذا ان الولاية لم تشرع في غير موضع النظر واذا حكم بالنظر قام عقد الولي مقام عقدها بعد البلوغ وقولهما قول ابن عمر وابي هريرة لان قرابة الاخ ناقصة فتقصر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد وقد اظهر الشرع اثر هذا النقصان حيث منع ولايته في المال فيجب اظهاره في النفس اذ علمنا ناظرا الى اظهار اثره فيجب التدارك باثبات خيار الادراك ولما قدمنا من تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة وهي صغيرة وقال لها الخيار قوله وهو الصحيح احتراز عن رواية خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لا يثبت الخيار اذا كان المزوج القاضي للتيمة لان ولايته اتم من ولاية العم لانها في النفس والمال جميعا وعن ما روي عن ابي حنيفة انه لا خيار فيما اذا وجبت الا بان شفقتها فوق شفقة الاب وجه الظاهر ظاهر من الكتاب فلا نشترط تبا قوله ويشترط فيه اي في الفسخ ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ والفرقة بالعيب والعنة واللعان وكلها طلاق وبابا زوج الذمية التي اسلمت وهي طلاق خلافا لابي يوسف وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ ومايحتاج منها الى القضاء في قوله في خيار البلوغ والاعتاق + فرقة حكما بغير طلاق + فقد كفر كذا ونقصان مهر + ونكاح فساده باتفاق + ملك احدى الزوجين او بعض زوج + ارتداد كذا على الاطلاق ثم جب وعنة ولعان + وابى الزوج فرقة بطلاق + وقضاء القاضي في الكل شرط غير ملك ورده وعتاق + قوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فان نكاحها جائز عند ابي حنيفة ومحمد رحمه فاسد عند ابي يوسف فالفرقة منه بطلاق عندهما وفسخ عنده وقوله على الاطلاق احتراز عن قول محمد رحمه فان يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المراة فهي فسخ وكل فرقة بطلاق اذا وقع عليها في العدة طلقة وقعت الا في اللعان لانه يوجب حرمة مؤبدة وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها ووجه الاحتياج الى القضاء بقوله لان الفسخ لدفع ضرر خفي وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه ليس بثابت فالاولى ان يقال لدفع ضرر غير متحقق بل نظرا الى سببه وهو قصور القرابة المشعرة بقصور الشفقة وقد يظهر خلافه مما هو اثر النظر من

فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرع لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرع لمعرفتها فعذرت بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البلوغ يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار العتق مالم يقل رضيت ويجئ منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحال ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس

من كون الزوج كفوا والمهر تاما والخيار ثابت لها في هذه الحالة كغيرها فقد ينكر الزوج عدم التظر فيرى ان فسخها لا يصادف محلا فاحتيج الى القضاء لالزامه بناء على تعليق حكم الخيار بخطئه ترك النظر لا بحقيقته ولا يدرع في خلو المظنة المعلل بها عن الحكمة في بعض الصور كما في سفر الملك المرفه في عمله بلاد متقاربة كل يوم نصف فرسخ على المراكب الهنية تنزها يجوز له القصر ولان في سببية ضعفا وخلافا بين العلماء بخلاف خيار العتق فانه لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا يختص بالانثى لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها بخلاف العبد اذا اعتق فاعتبر خيارها دفعا لضرر زيادة مملوكيتها ولا خلاف فيه فلم يحتج الى القضاء واعترض بانه دفعها هذه الزيادة التابعة لاصل النكاح برفعه وفيه جعل التابع متبوعا وهو نقض الاصول لانه عكس المعقول لانه يقال الشيء اذا كان تابعا باعتبار الوجود يكون متبوعا في البقاء ولا يخفى ان كل لازم ليس فيه مستلزم لنفي الملزوم مع ان وجوده لازم وجوده فاستتباع الزيادة اصل النكاح في البقاء لا يكون عكس المعقول بل رفعه لانا نقول المراد انه لا يجوز ان يبقى التابع اذا كان مستلزما لنفي المتبوع الثابت لتضمنه دفع الاقوى لغرض دفع الادنى والجواب انه اذا كان مقتضى الدليل وجب ويكون حينئذ رفع المتبوع مقتضى الدليل بواسطة اقتضاء لازمه وهو ثابت هنا وهو النقض فالوجه في السؤال طلب حكمته مع انه يتضمن ضرر الزوج فلم يجز دفع ضرر بما يفوت ضررا يبطل حقا مشتركا بينهما وهو باستيفاء حق مشترك له ولها ثبت لنفسه حقا عليها فدفعها اولى ولان رضى بهذا الضرر حيث تزوجها مع العلم بثبوت خيار العتق شرعا قوله فتعذر اراد الامة المعتقة بالجهل بثبوت الخيار لما اذا كانت مشغولة بالخدمة الواجبة الشاغلة لها عن التعلم بخلاف الحرة لا تعذر به لانتفاء هذا المعنى في حقها قوله ثم خيار البكر يبطل بالسكوت انما ذكره بعد ما قدم من قوله فسكتت فهو رضى لبيان ان يكون سكوتها رضا فيما تقدم هو اذا كانت بكرا فان العبارة تهاكا عن ذلك وليتعين الفرق بينها وبين الغلام والثيب حيث قال ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت او يجئ منه ما يعلم انه رضا كالوطء ودفع المهر والكسوة والنفقة ويجعل كون دفع المهر رضا اذا لم يكن ودخل بها الا ان كان دخل بها قبل البلوغ بسنين لان دفع المهر بعد بلوغه رضى لانه لا بد منه قائم او فسخ وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ يعني لا يبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ مالم تقل رضيت او يجئ منها ما يعلم انه رضى كالتمكين من الوطء وطلب الواجب اعتبارا لهذه الحالة اي حالة ثبوت الاختيار بحال ابتداء النكاح فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوجت ثيبا بالغة لا يكون سكوتها رضا حالة ثبوت الخيار وهي ثيب بالغة ولو زوجت بكرا بالغة اكتفى بسكوتها فكذا اذا ثبت لها الخيار للعلم بالنكاح وهي بكر بالغة ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت انما يقتضي ان خيار الثيب لا يبطل ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليقيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الى آخره قوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بان حاضت في مجلس وقد كان بلغها النكاح او مجلس بلوغ خبر النكاح اذا كانت بكرا بالغة وجعل الخصاف خيار البكر يمتد الى آخر المجلس وهو قول بعض العلماء وما هو اليه وهو خلاف رواية المبسوط فان فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة اذا كانت عالمة بالنكاح وعلى هذا قالوا ينبغي ان تطلب مع رؤية الدم فان رأته ليلا تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد اذا اصبحت وتقول رأيت الدم الآن وقيل تحلف كيف يصح وهو كذب وانما ادركت قبل هذا فقال لا تصدق في الاسناد فجاز لها ان تكذب كيلا يبطل حقها ثم اذا اختارت واشهدت ولم تقدم الى القاضي الشهر والشهرين فهي على خيارها لخيار العيب وما ذكر في بعض المواضع من انها لو بعثت عادتها حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعذر ينبغي ان يحمل على ما اذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت وما قيل لو سألت عن اسم الزوج او عن المهر وسلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لا دليل عليه غاية الامر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وان كان عدم ذكره لها لا يبطل كون سكوتها رضى على الخلاف

فان ذلك اذا لم تسأل عنه الظهور انها رضيته بكل مهر والسؤال يفيد نفي الظهور في ذلك وانها تتوقف رضاها على معرفة كميته كذا السلام على القادم لايدل على الرضا كيف وانما ارسلت الفرس للاشهاد على الفسخ ولو فسخ خيار البالغ والشفعة قبل طلب القيم ثم تبادى التقسيم بخيار البلوغ ولو زوج امته الصغيرة ثم اعتقها ثم بلغت لايثبت لها خيار البلوغ لكمال ولاية المولى كالاب ولان خيار العتق يغني عنه والعبد الصغير اذا بلغ كذلك في الاصح الا انه لايتصور في حقه خيار العتق فيطلق ان شاء قوله ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام ووجه ظاهر من الكتاب والحاصل انها اذا بلغت ثيبا فوق خيارها العرفي لان سببه علم الرضا فيتعلق الى ان يوجد ما يدل على الرضا بالنكاح وكذا الغلام على هذا التفاوت كلاتهم وما في غاية البيان مما نقل عن الطحاوي حيث قال خيار المدرك يبطل بالسكوت وان كانت ثيبا لم يبطل به وكذا اذا كان الخيار للزوج لايبطل الا بالصريح الابطال او بمجيء منه دليل على البطال الخيار كما اذا اشتغل بشيء آخر او اعرض عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل اذ يقتضي ان الاشتغال بفعل آخر يبطله وهذا التقييد بالمجلس ضرورة اذ بتداء حقيقة اذ حكما يستلزمه ظاهرا وفي الجوامع وان كانت قاعدة بلغها او كان غلاما لم يبطل بالسكوت وان اقامت معه اياما الا ان ترضى بلسانها انها وبوجد ما يدل على الرضا من الوطء او التمكين منه طوعا او المطالبة بالمهر او النفقة وفيها لو قالت كنت مكرهة في التمكين صدقت ولا يبطل خيارها وفي الخلاصة ولو اكلت من طعامه او خدمته فهي على خيارها لا يقال كون القول لها في دعوى الاكراه في التمكين مشكل لان الظاهر يعضدها قوله بخلاف خيار العتق متصل بقوله لايمتد الى آخر المجلس اي فيمتد خيار العتق الى آخر المجلس ووجه الفرق ان خيار العتق تثبت باثبات المولى لانه حكم العتق الثابت بانهائه فاقتضى جوابا في المجالس كالتمليك في المجرة وحاصل وجوه الفرق بين خياري البلوغ والعتق خمسة اوجه اشار الى القضاء ولو فسخ احدهما ولم يفسخ القاضي حتى مات ورثته الاخرى له الوطء بعد الفسخ قبل القضاء بخلاف خيار العتق يفسخ النكاح بمجرد فسخهما ولا يبطل خيار العتق بالسكوت الخ ويبطل خيار البلوغ اذا كان من جهة المرأة وهي بكر بخلاف الغلام والثيب لان السكوت لم يجعل في حقهما رضا وثبت خيار لكل من الذكر والانثى بخلاف خيار العتق لو زوج عبده ثم اعتقه لا خيار له لان خيار العتق لدفع ضرر زيادة الملك وهو منتف في الذكر فخيار البالغ لما عن قصور الشفقة وهي بهما لايقال الغلام يتمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكران وهو الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار وما ثبت الخيار للحاجة لانا نقول لايتخلص عن نصف المهر بالطلاق ان كان قبل الدخول بل بالمتعة وهنا اذا قضى القاضي بالفرقة قبل الدخول لايلزمه شيء واما بعده فيلزمه كله لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث وفي بحوامع اذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوي الطلاق فهي طالق وان نوى الثلاث فثلث وهذا حسن لان لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق والاربع ان الجهل بثبوت الخيار شرعا معتبر في خيار العتق دون البلوغ والخامس ان خيار البلوغ يبطل بالقيام عن المجلس ولا يبطل خيار البلوغ في الثيب والغلام وتقبل شهادة المولين على اختيار امتهما التي زوجها نفسها اذا اعتقها ولا تقبل شهادة الفاصلين الزوجين بعد البلوغ انها اختارت نفسها لان سبب الرد قد انقطع في الاولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية اذ هو السبب وهو باق قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليثبت بطلاق بل فسخ لانه نقض عهد الطلاق فلو جدد بعده ملك الثلاث وكذا خيار العتق للبيان من انه يصح من الاثنى ولا طلاق اليها ومن انه تثبت باثبات المولى ولا طلاق اليه وكذا الفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ بخلاف خيار المخيرة لما ذكره فيقع الطلاق باختيارها نفسها لانه ما ملكها ما يملكه هو الطلاق ولو وقعت هذه الفرقة قبل الدخول لايجب نصف المسمى بخلاف الطلاق قبل الدخول هل يقع الطلاق في العدة اذا كانت الفرقة بعد الدخول اي الصريح او الكل وجه والاوجه الوقوع قوله ولا ولاية لعبد لان الولاية بالنفاذ القول على الغير اذا كانت متعدية والقاصرة منتقضة في حقه فالمتعدية اولى فان قيل صحة اقرار العبد يدل على ولاية القاصرة فالجواب انها في المعنى معلقة في غير الحدود والقصاص واما هنا فمتيقنات عندنا والاجماع على نفي ولاية في النكاح بغير اذن المولى

لان الطلاق بالرجال

ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند
ابي حنيفة ره معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد ره لا تثبت وهو القياس
وهو رواية عن ابي حنيفة ره وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما ما ر وينا

ان يقال رواية الحديث ولاية حيث كان الزنا كالامانة اذا كان ماذونا له في القتال وشهادته بهلال رمضان وان اجيب عن هذه فالمشاجة ممكنة في الاجنبية والاسلم جعل المراد بقوله لا ولاية لعبد اي في النكاح لانفي الولاية مطلقا لانه يستدل لبعدم القاصرة على عدم المتعدية فلو اريد لا يكون مستقلا بنفس الامر عجز ولا المتعدية مطلقا اذ قد ثبت له شيئا من المتعدية كولاية على زوجته الحرة في امور الزوجية كالمنع من الخروج والتمكين وطلب التزيين مع ما ذكرنا فانه يصدق في الكل انه عبد له ولاية على الغير بلزوم ته والمراد بالمجنون المطبق وهو على ما قيل سنة وقيل اكثر السنة وقيل شهر وعليه الفتوى وفي التجنيس وابو حنيفة ره لا يوقت في الجنون المطبق شيئا كما هو دابه في التقديرات فيفوض الى راي القاضي وغير المطبق يثبت له الولاية في حالة افاقته بالاجماع وقد يقال لا حاجة الى تقييده به لانه لا يزوج حال جنونه مطبقا او غير مطبق ويزوج حال افاقته عن جنون مطبق او غير مطبق لكن المعنى انه اذا كان مطبقا تسلب ولايته فيزوج ولا ينتظر افاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا يزوج وتنتظر افاقته كالنائم ومقتضى النظر ان الكفو الخاطب اذا فات بانتظار افاقته تزوج وان لم يكن مطبقا والا انتظر على ما اختاره المتاخرون في غيبة الولي الاقرب على ما سنذكره قوله ولهذا اي لهذا الدليل لا تقبل شهادته عليه لانه لا سبيل له عليه ولا يتوارثان لان الوارث يخلف المورث في ما يليه ملكا ويدا وقد تعذر فالظاهر ان الورثة ليست ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث شرعا بعد انقضاء ولاية الاجزي ففي المتعدية ليس نفي الوراثة فليس نفيها بهذا الدليل وكما لا تثبت الولاية للكافر على مسلم كذا لا تثبت لمسلم على كافر اعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال قيل وينبغي ان يقال لان يكون المسلم سيد امة كافرة او سلطانا قائدا صاحب الدراية ولبسه الى الشافعي ومالك ره قال ولم ينقل هذا الاستثناء عن اصحابنا والذي ينبغي ان يكون مرادا ورايت في موضع معزوا الى المبسوط الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد ذكر معنى ذلك لا استثناء فاما الفسق فمل يسلب الاهلية كالكفر المشهور ان عندنا لا وهو المذكور في المنظومة وعن الشافعي ره اختلاف فيه اما المستور فله الولاية بلا خلاف فاني الجوامع ان الاب اذا كان فاسقا فللقاضي ان يزوج الصغيرة من غير كفو غير معروف لهم ذا كان متهما لا ينفذ تزويجه اياها بنقص و من غير كفو وسياتي هذه قوله ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة ره معناه عند عدم العصبات اي النسبية والحاصل ان الولاية اذا ثبتت بعصبة النسب على الترتيب الذي قدمناه ثم لمولى العتاقة ثم لعصبته على ذلك الترتيب بلا تفاوت ثم اعلم ذلك عند ابي حنيفة ره ثبت للام ثم للبنت اذا كانت مجنونة ثم بنت الابن ثم بنت بنت الابن ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم لولد الام يستوي فيه ذكورهم واناثهم في ذلك ثم اولادهم حال المصنف في التجنيس معللا بعلامة فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفي غاب لاب غيبة منقطعة وابنت صغيرة وفرقتها اختها والام حاضرة يجوز ان لم يكن لها عصبة اولى من الاخت من الاب والنساء الاولاد من قبيل الاب لمن ولاية التزويج عند عدم العصبات باجماع بين اصحابنا وهي لاخت الام ثم لبنت الاخ ثم لبنت العم ثم لخؤولة ثم قال المصنف هكذا ذكر في غيره من المواضع ان الام اولى من الاخت الشقيقة لانها اقرب انتهى قيل هذا مستقيم في لاخت لا العمة بنت العم وبنت الاخ لا نهن من ذوي الارحام ولا تهن مختلف فيها ومثل هذا يحكم الائمة النسفي منقول في المضمر عن شيخ الاسلام خواهر زاده ومقتضاه تقدم الاخت على الجد الفاسد وبعد ولاد الاخوات للعات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام ثم بنات العمات والجد الفاسد اولى من الاخت عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لولاية لها كما في الميراث كما في المستصفى وقياس ما صحح في الجد والاخ من تقديم الجد الفاسد على الاخت ثم مولى الموالات وهو الذي اسلم على يد الصغيرة وولاده لا يرث فثبت له ولاية التزويج ثم السلطان ثم القاضي اذا شرط في تقليده تزويج الصغائر والصغار ثم من نصبه القاضي وان لم يشترط فلا ولاية له في ذلك وهذا استحسان وقال محمد ره لا ولاية لذوي الارحام ولا لمولى الموالاة وهو قياس ما روى ابو الحسن عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف مضطرب فيه والاشهر انه مع محمد ره على ما في الهداية وقال في الكافي الجمهور ان ابا يوسف مع ابي حنيفة

ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة
ولابي حنيفة رح ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة
على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز
لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له فاذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج

وفي شرح الكنز وابو يوسف مع ابي حنيفة في اكثر الروايات لما مر دينا يعني من قوله صلى الله عليه وسلم الايامى الى العصبات ثبت لهم الجنس وليس اقرب
شئ فثبتت لغيرهم فلا نكاح لغيرهم قوله وان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها اي الى القرابة على تاويل الاقارب وعلى المصدري والى العصبات الصيانة عن ذلك لا الى غير من من ذوي الارحام لانهم ينسبون في اجنبية آخرى فلا يلحقهم العار بذلك ولابي حنيفة ان الولاية نظرية
والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو مختص بالقرابة اذ مطلقها باعث على الشفقة ظاهر الموجبة لاختيار الكفو وذوو الارحام مهذه المثابة فالنادري شفقة الانسان
على ابنة اخته كشفقته على ابن اخيه بل قد يترجح على الثانية ولا شك ان شفقة ذوي الارحام ليس كشفقة السلطان ومن ولاه وكانوا اولى منهم واما قولها انما
تثبت الولاية صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها فالحصر ممنوع بل شرعتها بالذات تحصيلا للمصلحة الصغيرة بتحصيل الكفو لانها بالذات بحاجتها الاحتهم
وكل من ذوي الارحام فيه داعية تحصيل حاجتها فثبتت له الولاية بهذا الاعتبار وان ثبتت لغيره من العصبات بكل من حاجتها بالذات الى ذلك
وحاجته وستزاد وضوحا في مسئلة الغيبة ويدل عليه اجازة ابن مسعود رض تزويج امراة منها وكانت من غيره على الاصح واما اثبات جنس ولاية
الانكاح الى العصبات في الحديث فانما هو حال وجودهم ولا تعرض له لحال عدمهم بنفي الولاية عن غيرهم ولا اثباتها فاثبتناها بالمعنى وقضية ابن مسعود
ايضا لا شك انه خص منه السلطان لانه ليس من العصبات بقوله السلطان ولي من لا ولي له او بالاجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهذا الوجه
على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنفي وجميعه وقوله في قول محمد قياس وفي قول ابي حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث لمحمد رح وبالمعنى
الصرف لابي حنيفة يناقش فيه بالاستحسان هو الذي يكون بالاثر لا القياس فان شرطه ان لا يكون فيه نص ويجاب بانه على بابه والمراد اخذ كره محمد من الحكم
في نفس الامر قياسا يقابله الاستحسان الذي قال ابو حنيفة فان محمدا لم خلافه من الاستحسان فاستدل بالحديث وقد ظهر ان الامتمسك له وكان الاولى
ان يجيب به المصنف وحاصل بحثه معارضته مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات تتناول الام لانها عصبة في ولد الزنا وولد
الملاعنة فثبتت لاهلها الا ان اقارب الاب مقدمون قوله واذا عدم الاولياء اي كل من العصبات وذوي الارحام وسوطي الموالاة فالولاية الى
الى الامام والحاكم اي القاضي بشرط ان يكتب ذلك في منشوره فلو زوج الصغيرة مع عدم كتب ذلك في عهده ثم اذن له فيه فاجازه قيل لا يجوز وقيل يجوز على
الاصح استحسانا فروع الاول ليس للولي الصغيرة ان يزوجها وان اوصى اليه الاب بالنكاح الا اذا كان الموصى عين رجلا في وصيته للتزويج فيزوجها
الوصي به كما لو وكل في حياته بتزويجها وان لم يعين انتظر بلوغها تاذن كذا قيل وليس بلازم لان السلطان يزوجها اذا كان الوصي قصر فيزوج
بحكم القرابة لا الوصاية والا فالحاكم وبه قال الشافعي واحمد في رواية وفي آخرى له التزويج لقيامه مقام الاب قلنا انما قام مقامه في المال وقال
مالك ان اوصى اليه في التزويج جاز وهو رواية هشام عن ابي حنيفة الثاني لو زوج القاضي الصغيرة التي هو وليها وهي البينة من انه لا يجوز
كالوكيل مطلقا اذا زوج موكلته من ابنه بخلاف سائر الاولياء والفرق ان تصرف القاضي حكم منه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولي وكره في التجنيس
معللا له بعلامة غريب الرواية للسيد الامام ابي شجاع والالحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنى عن جعل فعله حكما مع انتفاء شرطه وكذا اذا باع مال يتيمة
من نفسه لا يجوز لكل من الوجهين والاوجه ما ذكرنا بخلاف ما لو نصب وصيا على اليتيم ثم اشترى منه يجوز لانه نائب عن الميت لا القاضي الثالث
اقرار الولي على الصغيرة والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند ابي حنيفة الا ببينة او يدرك الصغير فيصدقه معناه اذا ادعى الزوج ذلك عند القاضي وصدقه
الاب وعندهما يثبت النكاح باقراره قال في المصفى عن استاذه يعني الشيخ حميد الدين ان الخلاف فيما اذا اقر الولي في صغر حما فان اقراره مع

وقال زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت بحقه له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته
ولهذا لو زوج حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولاية ولنا ان هذه ولاية نظر بينة وليس
من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات
الاقرب ولو زوج حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة
وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلناه منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ

الى بلوغها فاذا بلغت وصحا ينعقد اقراره والا يبطل وعندهما ينعقد في الحال وقال انه اشار اليه في المبسوط قال هذا الصحيح وقيل الخلاف فيما اذا بلغ الصغير والصغيرة
النكاح فاقر الولي اما لو اقر بالنكاح في صغره صح اقراره كذا في المغني وفي مبسوط شيخ الاسلام اذا اقر الاب على الصغير والصغيرة على قوله لا يصدق
الا ببينة وان صدقه الزوج في ذلك والمرأة وعلى قولهما يصدق من غير بينة فان قيل على من تقام البينة ولا تقبل الا على منكر يعتبر انكاره والمنكر هو الصبي
والمجنونة بانكاره والاب والزوج والمرأة مقران قلنا يضاف لتقاضي خصم عن الصغير او الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البينة فتثبت النكاح على الصغير والصغيرة
انتهى كلامه من المغني والذي يظهر ان قول من قال ان الخلاف فيما اذا بلغا فانكرا النكاح اما اذا اقر عليهما في صغرهما يصح عليهما بالاتفاق اوجبر واقرار وكيل رجل او امرأة
يتزوجها واقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف فاما اقراره بنكاح امته فنافذ اتفاقا والرابع في النوازل امرأة جاءت الى قاض فقالت اريد ان تتزوج ولا ولي لي
فللقاضي ان يأذن لها في النكاح كما لو علم ان لها وليا وبمثله اجاب ابو الحسن السغدي وما نقل فيه من اقامتها البينة فخلاف المشهور وما نقل من قول حماد بن ابي حنيفة يقول
لها القاضي ان لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات بعل فقد اونست لك فالظاهر ان الشرطين الاولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفو واما الشرط الثالث
فمعلوم الاشتراط قوله وقال زفر اذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة لا يزوجها احد حتى يتبع بناء على انه على ولايته لان الولاية تثبت حقا على ما تقدم في ليس تحمل
وقد سبق جوابه وقال الشافعي يزوجها السلطان لا الابعد وعندنا يزوجها الابعد لان له ولاية نظرية تثبت نظر اليتيمة فحاجتها اليها ولا نظر في التفويض
الى من لا ينتفع برأيه وبهذا الان التفويض الى الاقرب ليس لكونه اقرب بل لان في الاقربية زيادة مظنة للحاجة وهي الشفقة الباعثة على زيادة الاتفاق
الرأي للمولية فحيث لا ينتفع برأيه اصلا سلبت الى الابعد اذ لو بقيتا ولاية الاقرب ابطلنا حقها وفاتت مصلحتها اما الاولى فحقها في الصيانة عن غير الكفو يكون
مقتضيا لاثبات ولاية الفسخ اذا وقع بفعلها من غير كفو فلا يتوقف على اثبات ولاية التزويج له فحيث تثبت فانما هي لحاجتها حقا لها ولو سلم ففوات حقه ليس
من جهته وهي غيبته على ان المفقود له لا يفوت او يخلفه فيه الولي الابعد لانه تلوه في نفي عسير الكفو والاحتراس عن التسلط بنسبة فتعارضا على مقصود واحد فوجب المصير
الى ما قلنا وظهر وجه تقديمه على السلطان ولانه لو سلبت ولايته بموته مكان للابعد اولى من السلطان فكذا اذا سلبت بعارض آخر والحاصل ان علة تقديمه على السلطان
لا يختلف بالموت وغيره وقال صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له وما يقال من انه ينتفع برأيه بالرسول والكتاب في كتاب الخاطب اليه حيث هو
خلاف المعتاد ثم في الغائب والخامل فلا يضرع الفقه باعتباره وقد لا يعرف مكانه ونظيره الحضانة والتربية تقدم فيه الاقرب فاذا تزوجت القريبة ثبت
منفعتها بالزوج صارت للبعدى وكذا النفقة في مال الاقرب فاذا انقطع ذلك لبعده مالة وجبت في مال الابعد قوله ولو زوجها حيث هو فيه منع
جواب عن استدلال زفر على قيام ولاية حال غيبته بانه لو زوجها حيث هو صح اتفاقا فدل على انه لم يسلب الولاية شرعا بالغيبة اجاب بمنع صحة تزويجه
قال في المحيط الا رواية فيه وينبغي ان لا يجوز لانقطاع ولايته وفي المبسوط لا يجوز ولو سلم فلانها انتقلت برأيه وهذا تنزل وجهان للابعد قرب التدبير للاقرب
قرب القرابة فنزلا منزلة وليين في درجة فايهما عقد جاز لانه اسبق بالمعنى المعلق به ثبوت الولاية وسلبها ومنعناه ان سلب الولاية انما كان لسلب
الانتفاع برأيه فلنا نزوجها من حيث هو ظهر انه لم يكن ما علق به سلب الولاية ثابتا بل القاضي مناط ثبوتها وفي شرح الكنز لا رواية فلنا ان تمنع لانه
لو جاز عقده حيث هو لادى الى مفسدة لان الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لا يحل بها الزوج وهي في عصمة غيره وما قالوه في صلوة
الجنازة يدل عليه وهو ان الغائب لو كتب ليقدم رجعا الى صلوة الجنازة فلا بعد مشقة ولو كانت له ولاية باقية لما كان له مشقة كما لو كان حاضرا وقدم
غيره وقد استفيد مما ذكرنا ان الوليين اذا استويا كاخوين متفقين ايهما زوج نفذ ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل على ما ذكرنا

ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل في مدة السفر لانه نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتاخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في اكثر احوالها ابنها في قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولمعتبر بن بيادة النفقة كالام مع بعض العصبات والله اعلم

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء وكان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة ربما تكون مستفرشة للخسيس فلا يدوم من اعتادها لخلجاجها لان الزوج مستفرش فلا تفيظه دناءة الفراش

فان زوجها كل منهما فالصحة للسابق فان لم يعلم السابق او وقعا معا بطلا لعدم الاولوية بالتصحيح ولو زوجها ابوها وهي بكر بالغة بامرها وزوجت هي نفسها من آخر فيما قالت هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لانها اقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا ادري الاول ولا يعلم من غير ها فرق بينهما وبينها وكذا لو زوجها وليان بامرها **قوله ولا يرد** الخ ليفيد انه لو حضر الاقرب بعد عقد الابعد لا يرد عقده وان عادت ولايته بعود **قوله والغيبة المنقطعة** بان يكون في موضع لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري رح وعن ابي يوسف رح من جاء بقا الى جانب سماها قريتان احدهما بالمشرق والاخرى بالمغرب وذهب رجوع الى قول زفر رح واذا ضرب هذا استطلاع رأيه عنه في اخرى من بغداد الى الري وهكذا عن محمد في رواية من الكوفة الى الري ومن المشايخ من قال حد الغيبة المنقطعة ان يكون فتحولا من موضع الى موضع فلا يوقف على اثره او يكون مفقودا لا يعرف خبره وقيل اذا كان في موضع يقع الكرى اليه دفعة واحدة فليست غيبة منقطعة او بدفعات فمنقطعة وقيل ادنى مدة السفر لانه نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتاخرين منهم القاضي الامام ابو علي النسفي وسعيد بن معاذ وابو عصمة المروزي وابن سماعة الرازي وابو علي الاسفذني وابو اليسر والصدر الشهيد قالوا وعليه الفتوى وقال الامام السرخسي في مبسوطه والاصح انه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفو وعن هذا قال قاضي خان في الجامع الصغير لو كان مختفيا في المدينة بحيث لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة وهذا احسن لانه النظر وفي النهاية عليه اكثر المشايخ منهم الامام ابو بكر محمد بن الفضل وفي شرح الكنز اكثر المتاخرين على ذا وفي مدة السفر دلالة تعارض بين اكثر المتاخرين واكثر المشايخ والاشبه بالفقه قول اكثر المشايخ **قوله واذا اجتمع في المجنونة** جنونا اصليا بان بلغت مجنونة او عارضيا بان طرء الجنون بعد البلوغ ابوها او وجد هما مع انها فالولي في تزويجها انها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد ابوها وقال زفر في العارض لا يزوجها احد لان الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشيء ثم لا ترجع عند وجود سناد الحجر بل هي احوج الى الولاية بالجنون منها اليها بالصغر لان الحاجة اليها في الصغر لتحصيل الكفو وفي الجنون بذلك ودفع الشهوة والمبارسة وكذا المجنون يجتمع فيه ابوه وابنه او وجده على هذا الخلاف وعن ابي يوسف رح رواية اخرى ايهما من الاب والابن زوج جاز وهي رواية المعلى جعلها في مرتبة والابعد اذني الابن قوة بالعصوبة واني الاب بزيادة الشفقة ففي كل منهما جهة **قوله** وفي تزويجها وجد ه الولاية مبنية على العصوبة بالنص السابق والابن هو المقدم في العصوبة شرعا للقرب او بالاخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه ثم اذا زوج المجنونة او المجنون الكبيرين ابنهما لا خيار لهما لانه يقدم على الاب والجد ولا خيار لهما في تزويجهما فالابن اولى

فصل في الكفاءة

الكفو المعادل والمقاوم ويقال للكفاءة بالكسر ولما كانت الكفاءة شرطا للزوم على الولي اذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولي وهو بثبوت الولاية فقدم بيان الاولياء من ثبتت له ثم اعقبه فصل الكفاءة **قوله** معتبرة قالوا معناه معتبرة في اللزوم على الاولياء حتى ان عند عدمها جاز للولي الفسخ ثم استدل بقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوجن النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء فهذا مظهر ان في اثبات حجة ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه من معنا ها اما الاول فهو حديث ضعيف لانه في سنده بشير بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة والحجاج مختلف فيه وبشير ضعيف متروك نسبه احمد الى الوضع وسيأتي تخريجه لكنه حجة بالتظافر والشواهد من ذلك ما روى عن محمد في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن رجل عن عمر رض قال لامنعن فروج ذوات الاحساب الا من الاكفاء ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث علي رض انه عليه الصلاة والسلام قال لي يا علي ثلاث لا تؤخرها الصلاة والجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت كفوا وقول الترمذي فيه لا اري اسناده متصلا ضعف جاذكرناه من تصحيح الحاكم وقال في سنده سعيد بن عبد الله الجهني ممكن قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجمحي فليظر فيه واما عن عائشة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء روى من حديث

وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعا للضرر العار عن أنفسهم

عائشة وأنس وعمر من طرق عديدة فوجب ارتفاعه إلى الحجية بالمعمول الشأن لصحة المعنى وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم وفي هذا كفاية أغنى عما استدل به بعضهم من طريق الدلالة فقال إذا كان الكفاءة معتبرة في الحرب وذلك في ساعة ففي النكاح وهو للعمر أولى وذكر ما وقع في غزوة بدر أنه لما برز حمزة وعتبة ابنا ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد عتبة وخرج إليهم عوف ومعوذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم من أنتم قالوا رهط من الأنصار فقالوا أبناء قوم كرام لكنا نريد أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا قم يا حمزة وعليا وعبيدة بن الحارث الخ فما قوله صلى الله عليه وسلم صدقوا لكم أنه والذي في سيرة ابن هشام عن أبي إسحق أنهم قالوا لهم أكفاء كرام ولكنا نريد بني عمنا وفي رواية مالنا لكم من حاجة ثم نادى مناديهم يا محمد أخرج إلينا أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم قم يا حمزة وقم يا علي الخ ونحن نقطع أن عبد الله بن عبد المطلب يريد طفأ نور الله وهو من أكابر أنسابهم فخرج إليهم عبد من المسلمين فقتله كان مشكورا عند الله وعند المؤمنين ولم يزده ذلك النسب إلا بعدا فهم الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة الشدة فحق أن يخرج إليه كفؤه فهذا لأن المقصود نصرة الدين ولو كان عبدا وكلامنا فيما يفيده في الجواب وأما إجابتهم صلى الله عليه وسلم لذلك فلما علمه بأنهم أشد من الذين خرجوا إليهم أولا أو لتلا يظن بأن المطلوبين بخروج أو جبن ودفعا لما قد يظن أهل النفاق من أن قصده بقرابته دون الانصار النظر الثاني لا يخفى أن ظاهر من قوله لا يزوجن الا من الاكفاء أن الخطاب للأولياء نهيا لهم أن يزوجوهن الا من الاكفاء ولا دلالة فيه على أنها إذا زوجت نفسها من غير كفء ثبت لهم حق الفسخ فان قلت كيف يكون فاعل يزوجن المحذوف أعم من الولي وغيره نهيا أي لا يزوجهن مزوج هي لنفسها أو الاولياء لها فالجواب أن حاصله أنها منهية عن تزويجها نفسها بغير الكفء فاذا باشرت لزمتها المعصية ولا يستلزم أن للولي فسخ الا بمعنى العرف وهو أنها أوحشت عليه صرا فله دفعه وهذا ليس مدلول النص لو جعل نهيا اقتضى للنص بادخالها الضرر عليه لم يكن نسخه مدلول النص وانما قلنا المقتضى لان النهي على هذا التقدير متعلق بها وبالاولياء بالنسبة اليهم انما يعلل بترك النظر لها وبالنسبة اليها بادخال الضرر على الولي وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ فلا يشكل على سامع ان في قول القائل إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللولي فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوجهن الا من الاكفاء حجة للدليل عن المدعى فالحق انه دليل على مجرد الاعتبار في الشرع من غير تعرض لاعتباره على ذلك كما هو في الكتاب فان قلت كون شيء معتبرا في الشرع لا بد من كونه على وجه خاص أعني معتبرا على الذي واجب أو مندوب قلنا نعم لكنه لم يقصد بخصوصيته فان قلت فما هو قلنا مقتضى الادلة التي ذكرناها الوجوب أعني وجوب نكاح الاكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده لا ينفيه ثم لا يستلزم كونه أول كفء خاطب لما روى الترمذي من حديث أبي هريرة رفعه صلى الله عليه وسلم إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه الا تفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير ولو لان شرط المشروع لتعليمي لا يثبت فظني لقلنا باشتراط الكفاءة للصحة ثم هذا الوجوب يتعلق بالاولياء إياتها لهما بمباشرتها لهم على التعيين مما ذكرنا ولكن انما تحقق المعصية في حقهم إذا كانت صغيرة لانها إذا كانت كبيرة لا يفيد عليها تزويجهم الا برضاها فهي تاركة لحقها كما إذا رضي الولي بتركه حقه حيث يفيد هذا كله مقتضى الادلة التي ذكرناها مع قطع النظر عن غير هذا وعلى اعتبار الاشكال قول أبي حنيفة رح ان لاب له ان يزوج بنته الصغيرة من غير كفء فان قلت خطب صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وهي قرشية على اسامة بن زيد وليس قرشيا وزوجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشي وزوج أبو حذيفة بنت أخيه من سالم وكان لك بعلم الصحابة رض أو ببعضه وبفعل النبي صلى الله عليه وسلم فالجواب بالمنع وقوع هذه ليس يستلزم كون ذلك النساء ضارا بل العلم محيط بانهن كن راضيات صابات قليس كانت شابة كبيرة حتى تزوجها أسامة فانما جاز لاستفاضة من حق الكفاءة لهن ولياء من هذا وفي اعتبار الكفاءة خلاف مالك والثوري والكرخي من مشائخنا لما روي عنه صلى الله عليه وسلم الناس بنو آدم كأسنان المشط لا فضل لعربي ولا عجمي انما الفضل بالتقوى قلنا ما رويناه يوجب حمل ما رووه على حال الاخوة جمعا بين الادلة **قوله** وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللاولياء وان لم يكونوا محارم كابن العم ان يفرقوا بينهما دفعا للعار عن أنفسهم لما مر في الولي ولان الاضرار كقبضة المهر والنفقة

قوله الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر

(و الى صحتي احدهما وان لم يقبض وكالتجهيز ونحوه لما لو زوجها على انها ان سكتت فظهر عدمها بخلاف ما اذا اشترط العاقد الكفاءة او اخبره الزوج بها حيث كان له التفريق اذا لم يشترط ولم يخبر فقد ذكر في الفتاوى الصغرى فيمن زوجت نفسها ممن لا يعلم حاله فاذا هو عبد ماذون ليس لها الفسخ بل للاولياء او زوجها الاولياء ممن لا يعلمون حاله ولم يخبر هم بحرية ورقه فاذا هو عبد ماذون له في النكاح ليس لهم الفسخ ولو اخبر بحريته او شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ ولا يكون سكوت المولى على ان سكت الى ان ولدت فليس له التفريق وعن شيخ الاسلام ان له التفريق بعد الولادة وهذا الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق ولا يجب عندها شيء من المهر ان وقعت قبل الدخول وبعده لها المسمى وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة فانها كانت واجبة ولا تثبت بعد الفرقة الا بالقضاء لانه مجتهد فيه وكل من الحنفيين مجتهد ليل فلا ينقطع النزاع الا بفصل القاضي والنكاح قبل صحيح يتوارثان به اذا مات احدهما قبل القضاء هذا على ظاهر الرواية اما على الرواية المختارة للفتوى لا يصح العقد اصلا اذا كانت زوجت نفسها منه وهل للمرأة اذا زوجت نفسها من غير كفو ان تمنع نفسها من ان يطأها مختار الفقيه ابي الليث نعم قال في التجنيس هذا وان كان خلاف ظاهر الجواب لان لسن حجة المرأة ان تقول انما تزوجتك على رجاء ان يجيز الولي وعسى لا يرضى فيفرق فيصير هذا وطيا بشبهة ورضا بعض الاولياء المستوين في درجة كرضاء كلهم خلافا لابي يوسف ذفر فرضا بعض الاولياء لا يسقط الا برضا الكل كالدين المشترك قلنا هو حق لهم لكن لا تجري فيثبت للكل على الكمال كولاية الامان فاذا ابطله احدهم لا يبقى حق القصاص بالعفو رضى الابعد كان للاقرب الاعتراض لو زوجها الولي بادنها من غير كفو فطلقها ثم زوجت نفسها منه ثانيا كان لذلك الولي التفريق ولا يكون راضيا بالاول رضا بالثاني لان الانسان لا يعد رجوعه عن حلة دنيه وكذا لو زوجها هو من غير كفو فطلقها فزوجت آخر غير كفو ولو تزوجته ثانيا في العدة ففرق بينهما لزمه مهران واستانفت العدة وان كان قبل الدخول في الثاني وستاتي هذه المسئلة في باب العدة ان شاء الله تعالى **قوله** ولان انتظام الخ يعني ان المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح الكل من الزوجين بالآخر فيما لا بد منه والمصالح تتفاوت بتفاوت القرابات الصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا ليسره ما يعسر به وييسوره ما يتعسوك وذلك لا يكون الا بالموافقة والتقارب ولا تقارب للمنفوس عند مباعدة الانساب والاتصاف بالرق والحرية ونحو ذلك ولذلك رأينا الشرع فسخ عقد النكاح اذا ورد ملك اليمين لها عليه وان كان معللا ايضا بعلة اخرى عامة للطرفين على ما ترى في فصل المحرمات فعقده مع غير المكافئ قريب الشبهة من عقد لا يترتب عليه مقاصده ولو كان اياه فسدا فاذا كان طريقه اكره ولم يلزم المولية اذا انفرد به الولي لظهور الاضرار بها **قوله** ثم الكفاءة تعتبر في النسب جمع ما ذكر في المبسوط وفتاوى الولوالجي مذكور في الكتاب وسيورده الا الكفاءة في العقل ذكره الولوالجي ولم يذكره هنا قال بعضهم لا رواية في اعتبار العقل في الكفاءة واختلف فيه فقيل يعتبر لانه يفوت بعدمه مقصود النكاح وقيل لا لانه مرض ولا تعتبر الكفاءة عند فوات السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والجب والعنة عند محمد في الثلاثة الاول اعني الجنون والجذام والبرص اذا كان بحال لا يطيق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد رحمه الله لان الذي له التفريق والفسخ المرأة لا الولي وكذا في العنة عنده **فرع** انتسب الى غير نسبه لامرأة فتزوجته ثم ظهر خلاف ذلك فان لم يكافئها به كقرشية انتسب لها الى قريش فظهر انه عربي غير قرشي فظهر الخيار ولو رضيت كان للاولياء التفريق وان كافأها به كعربية ليست قرشية انتسب لها الى قريش فظهر انه عربي غير قرشي فلا حق للاولياء ولها الخيار عندنا ان شاءت فارقته خلافا لزفر وكذا انه شرط لنفسها في النكاح زيادة منفعة وهو ان يكون ابنها صالحا للخلافة فاذا لم ينل كان لها الخيار لتضرر العبد على انه كاتب فظهر خلافه وايضا الاستفراش ذل في جانبها فقد ترضى به ممن هو افضل منها لا من مثلها فاذا ظهر خلافه فقد غرها وتبين عدم رضاها بالعقد فثبت لها الخيار ولو كان هذا الانتساب من جانبها والغرور لم يكن خيار لانه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها

قريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض وكلاهما صحيح فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتد التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمه الله ان يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة كان قال التعظيم للخلافة وتسكينا للفتنة

ولتمامه بهذا من طريق يمكنه وهي الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار ويحتاج بعد هذا الى فضل تقرير وفرق بين هذا وبين اثبات خيار البلوغ للغلام وهو سهل ان شاء الله تعالى قوله قريش بعضهم اكفاء لبعض روى الحاكم بسنده فيه مجهول فان شجاع بن الوليد قال ثنا بعض اخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن ابي مليكة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل والموالي بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل الا حائكا او حجاما ورواه ابو يعلى بسنده فيه عمران بن ابي الفضل الايلي ضعف بانه موضوع وان عمر رضي الله عنه ما روى الموضوعات عن الاثبات وروى الدارقطني عن ابن عمر مرفوعا الناس اكفاء قبيلة بقبيلة وعربي بعربي ومولى لمولى الا حائكا او حجاما وضعف ببقية بن الوليد وهو مخبل ان عنعن الحديث ليس غير وبان محمد بن الفضل مطعون فيه ورواه ابن عدي في الكامل من حديث علي وعمر من لفظ الاول وفيه علي بن عروة قال بنكر الحديث وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التنقيح هو الطرائفي من اهل حران يروي المجاهيل وقد روى هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة رضي الله عنها وهو ضعيف انتهى كلامه وروى البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه العرب بعضهم اكفاء لبعض انتهى وابن معدان لم يسمع من معاذ وفيه سليمان بن ابي الجون قال ابن القطان لم اجد له ذكرا وبالجملة فللحديث اصل فاذا ثبت اعتبار الكفاءة بناء فيمكن ثبوت تفصيلها ايضا بالنظر الى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون فيه تاسا بالحديث الضعيف في ذلك خصوصا وبعض طرقه كحديث البقية ليس من الضعف بذاك فقد كان شعبة معظما البقية وناهيك باحتياط شعبة وايضا قد وطرق الحديث الضعيف يرفعه الى الحسن ثم القرشيان من جمعتهما اب هو النضر بن كنانة فمن دونه ومن لم ينتسب الا الى اب فوقه فهو عربي غير قرشي وانما سميت اولاد النضر قريشا تشبيها بدابة في البحر تدعى قريشا تاكل دواب البحر لانهم من اعظم دواب البحر غزة وفخرا ونسبا وعلى هذا قال الهيثمي وقريش هي التي تسكن البحر بهائمه قريش قريشا وقيل لان النضر كان يسمى قريشا وهو اختيار الشعبي سمي به لانه كان يقرش عن خلة الناس ليسد حاجتهم بماله والتقريش التفتيش قال الحارث بن حلزة اليشكري عناء عند عمرو فهل لها البقاء وقيل لانه خرج يوما على نادي قومه فقال لبعضهم انظروا الى النضر كانه حمل قريش وقيل سميت بقريش بن الحارث بن الخلد كان صاحب غير بهم فكانوا يقولون قدمت غير قريش وخرجت غير قريش ولهذا ابن يسمى بدرا وهو الذي حضر بدرا سمي به وقيل سميت به لان فهر بن مالك قيل ان سمه قريش واغا فهر بقبه قاله ابن عباس رضي الله عنهما حين سأله عن ذلك وعلى هذا ينبغي ان لا يكون قريشيا الا من كان من اولاد فهر وقيل هو من الجمع والتقريش التجميع لان قصيا جمع بني النضر في الحرم من بعد تفرقهم وقيل لما نزل قصي الحرم فعل فعالا جميلة فقيل له اقرشت فهو اول من سمي به وعلى هذا ينبغي كون القرشيين من جمهما اب هو قصي والظاهر الاول ويكون من التجمع لا التجميع الذي هو فعل قصي والتجمع كان من ابناء النضر وان كان القائل قال ابوكم قصيا كان يدعى مجمعا به جمع الله القبائل من فهر لانه ابن انبه لانه ابن مالك بن النضر غير ان القافية اتفقت كذلك والا فبعد نقل ان قصيا سمي مجمعا لجمعه اولاد النضر عرف ان القرشيين جمعهما النضر هذا وقريش عمارة تحتها بطون لوي بن غالب وقصي وعدي ومنهم الفاروق رضي الله عنه ومرة ومن مرة تيم ومنهم الصديق رضي الله عنه ومخزوم ومنهم خالد بن الوليد المخزومي رضي الله عنه وهاشم فخذان وهاشم والعباس فصيلة واعم الطبقات الشعب مثل خزيمة ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال صلى الله عليه وسلم في قريش لبطن ببطن وفي العرب قبيلة بقبيلة ونظم بعض الادباء ترتيب الطبقات وقال قبيلة فوقها شعب وبعد هما عمارة ثم بطن فلوه فخذ وليس لوي سوى الفصيلة والاسم ادنى بهم ما قد روه وذكر بعضهم العشيرة بعد الفصيلة فقال واقصد الشعب فهو اكثر حيّ عدد ا في الحوائم القبيلة ثم يتلوها العمارة ثم البطن به والفخذ بعدها والفصيلة ثم من بعدها العشيرة لكن هي في جنب ما ذكرنا قليلة قوله والموالي هم العتقاء والمراد هنا غير العرب وان لم يسبهم رق لانهم لما ضموا انسابهم كان التفاخر بينهم بالدين وما نذكره ففي الحديث دليل على انه لا يعتبر

وتبقى باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء فيه ومن اسلم بنفسه اولاب ولحمة في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمئين كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وقد مضى الذل يعتبر في حكم الكفاءة قال ويعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من اعلى الفخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رحمه الله لا يعتبر لانه من امور الآخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويخرج منادى به الى الاسواق كسكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به قال وتعتبر في المال

التفاضل في النساب قريش فوجه على الشافعي في ان الهاشمي والمطلبي اكفاء دون غيرهم بالنسبة اليهم قالوا ازوج النبي صلى الله عليه وسلم بنته من عثمان وهو اسوي وزوج علي ام كلثوم من عمر رضي الله عنهم وهو عدوي وفيه نظر اذ قد يقال يجوز كونه لاسقاط حقه في الكفاءة نظرا الى مصلحة اخرى لكنه يرى انها شرط في النسب فيلزمه ما ذكرنا وعلى اكثر اصحابنا في اعتبار الكفاءة في النسب في العجم وعلى محمد رحمه الله في اعتبار الزيادة بالخلافة حتى لا يكافئ قوا اهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين بدان قصد بذلك عدم المكافاة لان قصده بتسكين الفتنة وفي الجامع للقاضي خان قالوا الحسيب يكون كفوا للنسيب قالعالم العجمي كفو الجاهل العربي والعلوية ان شرف العالم فوق شرف النسب بمكارم الاخلاق وفي المحيط عن صدر الاسلام الحسيب هو الذي له جاه وحشمة ومنصب وفي الينابيع الاصح انه ليس كفوا للعلوية واصل ما ذكره المشايخ رحمهم الله من ذلك ما روي عن ابي يوسف رحمه الله ان الذمي اسلم بنفسه واعتق اذا احرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفوا له ولا يعتبر بالبلادة في تتمة الفتاوى والقدوري كفو للدنية قوله وبنو باهلة الخ استثناء من قوله والعرب بضمهم اكفاء بعض وباهلة في الاصل اسم امراة من همدان كانت تحت معن بن الاعور بن سعد بن قيس بن غيلان فنسب ولده اليها وهم معروفون بالخساسة قيل كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية وكانوا يأخذون عظام الميتة يطبخون بها ويأخذون وسوماتها فلذا قيل ولا ينفع الاصل من ماشم اذا كانت الام من باهلة * وقيل اذا قيل للكلب يا باهلي * عوى الكلب من شوم ذاك النسب * ولا يخلو من نظر فان النص لم يفصل مع انه صلى الله عليه وسلم كان اعلم بقبائل العرب واخلاقهم وقد اطلق وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الاجواد وكون فضيلة منهم او بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسري في حق الكل قوله واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء فيه ومن اسلم بنفسه اولاب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد والحق ابو يوسف رح الواحد بالمئين كما هو مذهبه في التعريف اي في الشهادات والدعاوى قيل كان ابو يوسف رح انما قال ذلك في موضع لا بد فيه كفوا لجد عيبا بعد ان كان الاب مسلما وبما قالاه في موضع يعد عيبا والدليل على ذلك انهم قالوا جميعا ان ذلك ليس عيبا في حق العرب لانهم لا يعيرون بذلك وهذا احسن به يتبقى الخلاف ولا تعتبر الكفاءة بين اهل الذمة فاو زوجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفوا لم يفرق بل هم اكفاء بعضهم لبعض قال في الاصل الا ان يكون نسبا مشهورا كبيت ملك من ملوكهم حدثها حائك او ساكس فانه يفرق بينهما لانعدام الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضي مامور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين قوله والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام يعني من كان له ابوان حران كافا من كان له اب واحد حرا لان من له ابوان حران فهو من عتق بنفسه لا يكافي من له اب حر وفي التجنيس لو كان ابوها مستقا وامها حرة الاصل لا يكافيها المعتق لان فيه اثر الرق وهو الولاء والمراة لما كانت امها حرة الاصل كانت هي ايضا حرة الاصل وفي المجتبى معتقة الشريف لا يكافيها معتق الوضيع واعلم انه لا يبعد كون من اسلم بنفسه كفوا لمن عتق بنفسه قوله ويعتبر ايضا في الدين اي الديانة فسر به ليعلم ان المراد به التقوى لا اتفاق الدين لان قضاصيله تعرف في نكاح اهل الشرك ولا كونه مكافيا باسلام نفسه او ابيه وجده لانه من قبلهما قوله وهو الصحيح اي الصحيح اقتران قول ابي حنيفة وابي يوسف فانه روي عن ابي حنيفة رح انه مع محمد رح ورجحه السرخسي وقال الصحيح من مذهب ابي حنيفة ان الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة وقيل هو احتراز عن رواية اخرى عن ابي يوسف انه لم يعتبر الكفاءة في الدين وقال اذا كان الفاسق ذا مروة كاعونة السلطان والمباشرين المكتسبة وكذا عنه ان كان يشرب المسكر سرا ولا يخرج وهو سكران يكون كفوا والا لا وعبارته الاولى كون هو الصحيح احتراز عما روي عن كل منهما انه لا يعتبر والمعنى هو الصحيح من قول كل منهما فلو تزوجت امراة من نبات الصالحين فاسقا كان للاولياء فسخه وان كان من مباشري السلطان قوله وقال محمد رح لا يعتبر الا اذا كان يسخر

وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكها او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلابد من ايفائه والنفقة تقوم لاستيفاء دوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما لم يتعجل عرفا وعن ابي يوسف رحمه الله اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المسامحة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما اللقاءة في الغنى فمعتبرة في قول الجميع وتعتبر حتى ان الناقة في البسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رح لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح ولنا انه معتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الاخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها

منه ويخرج سكران لانه من احكام الاخرة فلا يبنى عليه احكام الدنيا وفي كون هذه قاعدة ممهدة نظر اذ لم يظهر وجه الملازمة والحق انه قد وقد والمعتبر في كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على احكام الاخرة وعدمه على انا لم نبن الاعلى امر دنيوي وهو ما ذكره من ان المراة تعير لفسق الزوج فوق ما تعير بصفقة نسبه يعني تعيرا اشكالها من نبات الصالحين وفي المحيط الفتوى على قول محمد وهو موافق لاختيار السرخسي الرواية المخالفة بقول محمد عن ابي حنيفة ولو تزوجها وهو كفو في الديانة ثم صار فاجرا لا ينفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة وقت النكاح **قوله** وهو اي اعتبار الكفاءة في المال هو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وتقييده وبظاهر الرواية احترازا عما سنذكره في الكفاءة في الغنا بالنسبة الى قول ابي حنيفة ومحمد فان ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنذكره وبين ان المراد بالمهر ملك ما تعارفوا تعجيله وان كان كله حالا في المجتبى قلت في عرف اهل خوارزم كله موجل فلا تعتبر القدرة عليه ولم يبين المراد بملك النفقة واختلف فيه قيل المعتبر ملك نفقة شهر وقيل ستة اشهر وفي جامع شمس الائمة ستة وفي المجتبى الصحيح انه اذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفوا ومعناه منقول عن ابي يوسف قال اذا كان قادرا على ايفائها يعجل لها بالليد ويكتسب ما ينفق لها يوما بيوم كان كفوا لها في غريب الرواية للسيد ابي شجاع جعل الاصح ملك نفقة شهر وفي الذخيرة ان كان تجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفو والا لا يكون كفوا وان كانت فقيرة انتهى وفيه نظر ثم هذا اذا كانت تطيق النكاح فان كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفو وان لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها **قوله** ويعد المرء قادرا بيسار ابيه وجده وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الاب **قوله** فاما الكفاءة في الغنا يعني بعد ملكه للمهر والنفقة قيل يعتبر مكافاتها يا في غناها قال معتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد لكن صرح السرخسي في مبسوطه وصاحب الذخيرة بان الاصح ان ذلك لا تعتبر لان كثرة المال مذمومة وفي شرح الكنز لا يعتبر بالمساواة في الغنا هو الصحيح وعن ابي حنيفة ومحمد في غير رواية الاصول ان من ملكها لا يكون كفوا للفاقة في الغنا وليس بشيء فض على ان ما في الهداية غير رواية الاصول وكذا في الدراية قال وبهذا القول منها في غير رواية الاصول وفي كتاب النكاح لا تشترط القدرة الا على المهر والنفقة وفي بعض الشروح انه خلاف ظاهر الرواية ولذا لم يذكره في المبسوط عن الاوائل قال في بعض المتاخرين اعتبروا الكفاءة في المال بعد ما صح عن ابي يوسف بنفيه **قوله** وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان اظهرهما لا تعتبر في الصنائع حتى يكون البيطار كفوا للقطار وهو رواية عن محمد وعنه في اخرى الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام وكذا الدباغ وهو الرواية التي ذكرها في الكتاب عن ابي يوسف واظهر الروايتين عن محمد فصار عن كل منهم روايتان الظاهر عن ابي حنيفة عدم الاعتبار والظاهر عن محمد كذلك الا ان يفحش وهو الرواية عن ابي يوسف فيما قدمناه من بشاعة حيث قال فيه الا حائكا او حجاما يفيد اعتبارها في الصنائع لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي وهو ان الصناعات المتعارة كالبزاز والعطار بخلاف المتباعدة وعد الحياط مع الدباغ والحجام والكناس قال وهو لا بعضهم اكفاء لبعض ولا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافا فكان ظاهرا في ان الظاهر من قول ابي حنيفة اعتبار الكفاءة واليه ذهب بعض المشايخين قال ولذا قال الشيخ ابو نصر بعد ان اثبت اعتبارها وعن ابي حنيفة لا تعتبر ونحوه في النافع واتما قلنا لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي لان حقيقة الكفاءة في الصنائع لا تتحقق الا بكونهما من صناعة واحدة وفي المحيط وغيره وههنا خساسة هي اخس من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكريا تابعا وان كان ذا مروءة ومال قيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمن ابي حنيفة لا تعد الدناءة في الحرفة منقصة فلا تعتبر وفي زمنهما تعد فتعتبر والحق اعتبار

قال واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فالاولياء الاعتراض عليه عند ابي حنيفة رح حتى يتموا لها مهر مثلها وقالا ليس لهم ذلك
وهذا الوضع اتما يتم على قول محمد رح على اعتبار قوله المرجوع اليه في الكلام لغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما فاذا دعا على المصر
من مسئلته لا يعترض عليه بانه للتسمية وكيف ينة لان الاولياء يتحرون بغاية الجهد ويتغبرون بنقصان فاحش فيه للغلاء وبخلاف الاب
بنته لانه لا يحابيه اذا زوج ابنته الصغيرة ونقص من مهر مثلها والصغيرة ادنى مهر امرأة جاز ذلك عليهما وكيف يجوز ذلك لغير الاب والجد عند ابي حنيفة
رح لانه لا يجوز الزيادة الا ليتغابن الناس فيه وفي عدمه الضرر لانه لا يجوز النقصان عنه لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد فهذا الاعتراض عليه
ليس بشيء وشكا في ليس وهذا لم يملك ذلك غيرهما ويجتهدون في الجنس يطلب القرابة في النكاح مقاصد تربو على مهر المثل المقصود ومصرف الى الغير اعدا
وغيره والمهر يسير قيد الزوج به هو صغير قيد الزوج به هو صغير وقالا تم هذا عند ابي حنيفة رح ايضا لان الاب لا يتغابن في حق الصغير تغابن امثاله ويعرض ظاهر العقد للفساد ولا يجوز

ذلك سواء كان ذلك هو البنى او لا فان الموجب هو استنقاص اهل العرف فيدور معه على هذا ينبغي ان يكون الحائك كفوا للعطار بالاسكندرية
لما هنالك من حسن اعتبارها وعدم عدها انتقاصا البتة اللهم الا ان يقترن به خساسة غير قوله واذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عند ابي حنيفة
حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها فان ثبت الزام احد الامرين وهو فرع قيام مكنة كل منهما فمن هذا ما في فتاوى النسفي لو لم يعلم بذلك حتى مات ليس لهم ان يطالبوا بتكميل مهر المثل
لان الثابت لهم ليس الا ان يفسخ او يكمل فاذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يكون الفسخ واعلم ان الدار التسمية حتى يتمم مهر مثلها ولم تأخذه بل
ابرات لا اعتراض عليها ثم قال المصنف وبهذا الوضع اي قولنا اذا تزوجت ونقصت من مهر مثلها فللاولياء الاعتراض وقال محمد مع ابي يوسف
ليس لهم ذلك ومعنا ويجب بتمام العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فانما يصح من محمد على اعتبار رجوعه الى ذلك لما انه تقدم عنه انه لا يصح مباشرتها
بنفسها بل هو موقوف على اجازة الولي قال وهذه شهادة على رجوعه صادقة لغير واورد عليه انه انما يتم لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي
وليس كذلك فانه لو اذن لها الولي بالتزويج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد وكذا لو اكره السلطان امرأة او وليها
على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الاكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي ليس له ذلك في قول محمد الاول فلم يكن هذا الوضع دلالة على رجوع
محمد الى قولها انتهى ولا شك ان قولنا اذا تزوجت ونقصت لا ينقص عند محمد عام في الصور على ما هو حال سماع الشرط فباعتبار عمومه تكون
شهادة صادقة وعليه مشى المصنف وباعتبار حمله على بعض الصور وهو في نفسه اعم منها لا تكون شهادة وعليه مشى المعترض والاصل خلافه
الا ان يوجب الحمل على بعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه فتوجيه الاعتراض ان يقال يجب حمله على كذا الصورة المذكورة
فلا يكون فيه شهادة على ذلك وانما يجب هذا الحمل لان المذكور هو المذكور في الجامع الصغير ورجوعه مروي انه قبل موته بسبعة ايام وهذا الذي
يشير اليه قول المصنف وقد صح ذلك ومعلوم ان تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق انه رجع ولا شهادة في هذه قوله واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص
من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولزم عند ابي حنيفة رح سواء كان لبعين فاحش او قليل ويثبت المال كله في ذمة الصغير
في الثانية لا في ذمة الاب سواء كان الاب موسرا او معسرا فيقضيه من مال الصغير وقالا لا يجوز الزيادة ولا النقص الا بما يتغابن فيه وعلى هذا الخلاف تزوجها ابنه الصغير
بغير كفو ويجب ان يكون معنى هذا عدم الكفاءة في غير الديانة اما فيها فلا لما قالوا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا كان العقد
باطلا على قول ابي حنيفة على الصحيح ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم انه شرير فاسق ظاهر سواء اختياره ولان ترك النظر هنا
متطوع به فلا يعارض ظهور ارادة مصلحة تفوق ذلك نظرا الى شفقة الابوة ومعاني النوازل زوج ابنة الصغيرة ممن ينكر انه يشرب المسكر فاذا هو
مدمن له وقالت للاب رضي بالنكاح يعني بعد ما كبرت ان لم يكن يعرفه الاب بشربه وكان غلبة اهل بلده صالحين فالنكاح باطل لانه انما زوج على ظن انه
كفو فتبين خلافه اذ يقتضي انه لو عرف الاب بشربه فالنكاح نافذ وهو بناني ما قرروه من ان الاب اذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير
الكفو والجواب انه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفا به فلم يلزم لبطلانه عند تحقق سوء الاختيار مع انه لم يتحقق
للناس كون الاب العاقد معروفا بمثله قوله ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما اي قولهما لا يجوز هل معناه نفي صحة العقد او نفي صحة التسمية
والعقد صحيح فيزاد الى مهر المثل قيل بالاول وقيل بالثاني واختار المصنف الاول لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهرا بايجاب المال عوض
نفسها ناقصا وابطاله بدون عوض لاثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور بالعقد بشرط لا يصح عقده اذا لم يجبر على شرطه ولذا لا يملك البيع والشراء

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها وبعض من لا يجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر ره لا يجوز واذا تزوج الرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي ره لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي ره يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجاز المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجل بغير رضاه وهذا عند

بغبن فاحش في المال فانه يجاب لان عوض نفسها ناقصا اولى لعدم النفاذ واذا كان بحيث لو زوج امتها بغبن فاحش في مالها لا يجوز فتزويجها كذلك اولى لعدم الجواز ولابي حنيفة ان النظر وعدمه في هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار امر باطن فالضرر كل الضرر بسوء العشرة واذا حال كل منهما المكروه على الآخر والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد وامر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا فاذا كان باطنا يعتبر دليله فيعلق الحكم عليه ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية الى وفور الشفقة مع كمال الرأي ظاهرا بخلاف غير الاب والجد من العصبات والام لقصور الشفقة في العصبات ونقصان الرأي في الام وهذا معنى قوله والدليل عدمناه في حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك وعلى هذا ابنتي الفرع المعروف لو زوج العم الصغيرة حيرة الجد من معتق الجد فكبرت واجازت لا يصح لانه لم يكن عقدا موقوفا اذ لا خيار له فان العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفو ولذا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار او المجانة والفسق كان العقد باطلا على قول ابي حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح اما المال فهو المقصود في التصرف المالي لا امر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير في المال فلذا لا يجوز تزويجه امتها بغبن فاحش لانه اضاعة مالها لان المهر ملكها ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر اليه فلا يعول عليه ويدل على ذلك تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة من علي بار بعمائة درهم ولا شك في انه دون مهر مثلها لانها اشرف النساء فيلزم اما ان لا مهر اكثر منه بل الا وهو اقل منه او انها مهر مثلها والاول منتف فلزم الثاني وهذا موقوف على ثبوت ان تزويجه صلى الله عليه وسلم ايانا كان قبل البلوغ والا لا يفيد وقد يقال اذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة اعني قرابة الاب والجد فلا يعتبر كونه معروفا بسوء الاختيار لان المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمتها وهذا كذلك والجواب ان المظنة ما يغلب معها الحكمة ان لم يلزم فالمعروف بذلك ليس مظنة والحاصل ان تخصيص العلة او القول بان العلة مجموع قرابة الاب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف في جواز تخصيص العلة وعدمه ومسئلة تزويج الاب بنته من غير كفو جهالة غير قد مناها والوجه من الجانبين واحد

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها من احكام الولي والفضولي وبقي الرسول نذكره بعد ان شاء الله تعالى ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية اذ ينفذ تصرفه على الموكل غير انها تستفاد من المولى على نفسه كانت ثانية للولاية الاصلية فاوردها ثانية في التعليم لباب الاولياء ثم ذكر ما غيرها من الفضول لتاخره عنها لان النفاذ بالاجازة انما ينسب الى الولي المحرم فنزل عقد الفضولي كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الاصل في السبب غير ان ابتداءه بالولي ان نظر فيه الى انه اقوى ناسب الابتداء به وان نظر الى ان عقد الاصل للوكيل اولا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل **قوله** ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه الصغيرة بغير اذنها والبالغة باذنها فيقول اشهدوا اني تزوجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان او زوجتها من نفسي وقال زفر ره لا يجوز واذا اذنت المرأة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر ره والشافعي ره لا يجوز وصورتها ان يقول اشهدوا ان فلانة بنت فلان بن فلان وكلتني ان ازوجها من نفسي وقد فعلت ذلك فلو لم ينسبها الى الجد ولم يعرفها الشهود ففي التفاريق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى وفي النوازل قال لا يجوز النكاح لان الغالب انما يعرف بالتسمية الا يرى انه لو قال تزوجت امراة وكلتني لا يجوز وعلى هذا الخلاف كل وكيل لامراة تزويجها من نفسه وذكر الخصاف رجل خطب امراة فاجابته وكرهت ان يعلم اوليا ها فجعلت امرها في تزويجها الى الخاطب واتفقا على المهر فكره الزوج تسميتها عند الشهود قال يقول اني خطبت امراة بصداق كذا ورضيت به وجعلت امرها الى بان اتزوجها فاشهدكم اني تزوجت المراة

فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي تتصرف

الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم قلنا ان ركن التصرف

امر تعالى على ما مر اذا كذا فيتعقد النكاح قال شمس الائمة الحلواني الخصاف كبير في العلم وهو ممن يقتدى به وقال في التجنيس وذكر في المنتقى ان مثل التعريف يكفي ومثل هذا الخلاف فيما لو كانت حاضرة مقنعة ولا يعرفها الشهود فمن الحسن ويشترط وقيل لا يجوز ولم ترض بشهادة الشهود والاول اقيس فيما يشهر بعد سماع الشطرين منهما لان الشرط ليس شهادة بل لاداء الشهود شرط العلم على التحقيق بذات المرأة على ما تقدم ثم رأيت في التجنيس انه هو المختار لان الحاضر يعرف بالاشارة والاحتياط كشف نقابها ولتسميتها ونسبتها وهذا كله اذا لم يعرفها الشهود واما اذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر الزوج اسمها لغير جاز النكاح اذا عرف الشهود واذا اراد المرأة التي يعرفونها لان المقصود من التسمية التعريف وقد حصل انتهى وبقولنا قال مالك رحمه واحمد وسفيان الثوري وابو ثور والظاهرية وقوله من نفسه احتراز عما وكلها ان يزوجها مطلقا فانه لو زوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو وكلت اجنبيا او وكل امرأة بان تزوجه فزوجته من نفسها لا يصح ايضا لزفر والشافعي ان الواحد لا يتصور على البناء لفاعل ان يكون مملكا او متملكا كما في البيع لا يجوز كونه وكيلا من الجانبين للتضاد في حكمي التمليك والتملك وليوافق الاثر وهو ما روي عنه صلى الله عليه وسلم كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل لا ان الشافعي يقول على احد الوجهين في الولي ضرورة اذ لا يتولاه غيره فلو منع من تولي طرفيه امتنع اصلا لانه لو امر غيره تزويجها منه كان قائما مقامه وانتقلت عبارته اليه لتكلمه هو بنفسه فلا فرق فيه في التحقيق وهذا الاستثناء جار على اعتقاد المصنف ان الشافعي يقول في المسئلة الاولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها ايضا لانه لا تثبت ولاية اجبار لغير الاب والجد فلا يتصور ان يجبر تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه والذي يجيزه الشافعي من تولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا مملكا ومتملكا فلا يصح مستثنى ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة فان معنى الكلام انه لا يصح المباشر مملكا ومتملكا لانه عند الا في الولي صح ذلك ضرورة لكنه متنف ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر حتى لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل على ما مر ذكره ولا ترجع حقوق العقد اليه حتى لا يطالب بالمهر وتسليم الزوجة بخلاف البيع لا يصح ان يكون الواحد فيه وكيلا من جهة البائع والمشتري فانه فيه مباشر ترجع الحقوق اليه ويستغنى عن الاضافة والواحد يصح ان يكون معبرا بين اثنين والتمانع انما هو في الحقوق لا في نفس التلفظ فالذي يرجع اليه لا امتناع فيه والذي فيه الامتناع لا يرجع اليه وللانتقال لكونه معبرا لعبارة الغير يكون ذلك العقد قائما باربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو في الامر واعلم انه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الاب فانه لو باع مال ابنه من نفسه او اشتراه ولو بغبن يسير صح ولا يخفى ان هذا على التشبيه والا فبيع الاب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والاصالة ثم اذا تولى طرفيه قال المصنف فقوله زوجت فلانة من نفسي يغني الشطرين فلا يحتاج الى القبول بعده وكذا ولي الصغيرين القاضي وغيره والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان وقال شيخ الاسلام خواهر زاده اذا ذكر لفظا اصيل فيه اما اذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفي فان قال تزوجت فلانة كفى فان قال زوجتها من نفسي لا يكفي لانه نائب فيه وعبارة الهداية وهي ما ذكرناه المقاصر تحتمل نفي هذا الاشتراط وصرح بنفيه في التجنيس الصاغاني علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال رجل زوج بنت اخيه من ابن اخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكفي ولا يحتاج ان يقول قبلت وكذا كل من يتولى طرفي العقد اذا اتى باحد شطري لا يجاب يكفيه ولا يحتاج الى الشطر الآخر لان اللفظ الآخر الواحد يقع دليلا من الجانبين **قوله** فان كل عقد كالبيع والاجارة ونحوهما صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة فاذا اجاز

صدره من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد

من له الاجازة ثبت حكمه مستندا الى العقد فسر الخير في النهاية بقابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا او وكيلا او اصيلا وقال في فصل بيع الفضولي من النهاية الاصل عندنا ان العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد وان لم يكن تبطل واشار اذا وجد نفاذا انفذ على العاقد والا توقف بيانه الصبي اذا باع ماله او اشترى او تزوج او زوج امته او كاتب عبده ونحوه يتوقف على اجازة الولي في حالة الصغر فلو بلغ قبل ان يجيز والولي فاجاز بنفسه نفذ لانها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ولو طلق الصبي امرأته او خلعها او اعتق عبده على مال او دونه او وهب او تصدق او زوج عبده او باع ماله محاباة فاحشة او اشترى باكثر من القيمة مالا يتغابن فيه وغير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة ولو اجاز ما بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد الا اذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الاشتهار كان يقول بعد البلوغ اوقعت ذلك الطلاق والعتاق انتهى وهذا يوجب ان يفسر المجيز هنا بمن يقدر على امضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولي اذ لا توقف في هذه الصورة وان قيل فضولي آخر او ولي لعدم قدرتهما ولي على امضائها ولو اراد هنا بالمجيز المخاطب مطلقا كان ينبغي ان يقول او مجيز ومن يقدر على النفاذ ليصح جواب المسئلة اعني قوله العقد موقوف فالان الصبي في الصورة المذكورة فضولي وان بعقده آخرا لا يتوقف لعدم من يقدر على النفاذ وعلى هذا لا يكون العقد شاملا للبين لانها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة امضائه فقط وصورته ان يقول اجنبي لامرأة رجل ان دخلت الدار مثلا فانت طالق فانه يتوقف على اجازة الزوج فان اجاز تعلق فتطلق بالدخول ولو دخلت قبل الاجازة لا تطلق عند الاجازة فان عادت ودخلت بها طلقت كذا في المجمع وفي المنتقى اذا دخلت قبل الاجازة فقال الزوج اجزت الطلاق على فهو جائز ولو قال اجزت هذه اليمين على الا تسعة اليمين ولا يقع الطلاق حتى تحل بعد الاجازة وعرف مما ذكرنا ان الصبي اذا تزوج يتوقف على اجازة وليه لان الصبي العاقل من اهل العبارة غير انه محتاج الى راي الولي فالصواب ان يحمل المجيز على من له قدرة الامضاء او يندرج المخاطب في ذكر القدير من قوله كل عقد يعقده الفضولي فان اسم العقد لا يتم الا بالطرفين او ما يقوم مقامهما على ما ذكره ما لا مجيز له اي ما ليس من يقدر على الاجازة يبطل كما اذا كان تحته حرة فزوجه الفضولي امة او اخت امرأة او خامسة او زوجه معتدة او مجنونة او صغيرة يتيمة في دار الحرب او اذا لم يكن سلطان او لا خاص لا يتوقف لعدم من يقدر على الامضاء حالة العقد لان دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم ليكن تزويجه اليتيمة فكان كالمكان الذي في دار الاسلام ليس له حاكم لا سلطان فاذا ايضا تعذر تزويج الصغار فيه للاتي لا غواصب لمن فوقع باطلا حتى لو زال المانع بموت امرأة السابقة وانقضاء عدة المعتدة فاجاز لا ينعقد اما اذا كان فيجب ان يتوقف لوجود من يقدر على الامضاء ولا يلزم على هذا المكاتب اذا تكفل بمال ثم اعتق حيث تصح هذه الكفالة حتى يوخذ فيها بعد الحرية وان لم يكن لها مجيز حال وقوعها وكذا اذا وكل المكاتب بعتق عبده ثم اجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة وكذا الوصي يعين بالمانع ثم عتق فاجاز الوصية يصح لان كفالة المكاتب التزام المال في الذمة وذمته قابلة للالتزام لكن لا يظهر للحال بحق المولى فاذا زال المانع بالاعتاق ظهر موجبه اما التوكيل والوصية فالاجازة فيهما انشاء لانهما ينعقدان بانفاذ الاجازة والانشاء لا يستدعي عقدا سابقا وكذا لو قال لاخر اجزت ان تطلق امراتي او ان تعتق عبدي او ان تكون وكيلي او ان تكون مالي وصية كان توكيلا ووصية بخلاف غيرهما من التصرفات او قال اجزت عتق عبدي او ان تكون فلانة زوجتي او ان يكون مالي لفلان لا يتم شيء لما تقدم على ان توقف عقد الفضولي قال ان ركن العقد وهو الايجاب والقبول صدر من اهله وهو العاقل البالغ مضافا الى محله وهو غير المحرمات الحال ولا ضرر في انعقاده على الموقوف فانما الضرر في ابطاله بدون اختيار من له الاجازة فوجب ان ينعقد موقوفا على الاجازة حتى اذا رأى من له الاجازة المصلحة فيه ينفذه والا يتركه فافيه الضرر لم يثبت بهذا العقد وما فيه مصلحة وهو توقفه على الاجازة عند ظهوره وجه وجود المصلحة بل هو المتابت فكان تصرف الفضولي هذا من باب الاعانة

ومن قال اشهدوا انى قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا انى زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جازت لان كانت المرأة هى التى تولت جميع ذلك عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز

ومن أمر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق

قياس على صور لغوي ما اذا قال خالعت امرأتي او طلقتها على الف وهي غائبة وقبلها فاجابت جاز وكذا اعتقت عبدي على الف فبلغه فاجاز جاز كالاولى ولهما ان القابل بمنزلة العاقد فتنظره لا يتوقف اما الثانية فبالاتفاق واما الاولى فلانه شطر حالة الحضرة اي خطاب الحاضر وقبوله فكذا حالة النيابة لانه لا فرق بحال الا ان التكلم بكلامين حالة النيابة وذلك لا يوجب صيرورته عقدا تاما لان كون كلامي الواحد عقدا تاما هو كونه اثرا وما مورا من الطرفين او من طرف وله ولاية الطرف الآخر وهذا الان المقد عبارة عن كلام اثنين يتعاقبان لان بدلين وكلام الواحد ليس كلام اثنين الا حكما لاذ نحاله او ولاية له ولا اذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به فتضمن هذا التقرير جنح كون الاذن ليس اثره الا في النفاذ بل تاثيره في النفاذ يستلزم تاثيره في كونه عقدا تاما وفي كون كلامه لكلامين لتوقف النفاذ على ذلك ولو سلم عدم تاثيره فيهما لم يلزم كون كلام الفضولي عقدا تاما لان كون الكلام عقدا تاما لا يلزم شرعي مساو للنفاذ ولا اذن في الفضولي فانتفى حكمه بلازمه المساوي بخلاف الخلع واختيه لانه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لانه تعليق الطلاق والعتق بقبولها المال فيتم به اذ ليس عقدا حقيقيا وكذا لو كانت هي الخابعتقبان قالت خالعت زوجي على الف لم يتوقف لانه من جانبها مبادلة وعورض بانه لو كان تعليقا لم يبطل لكنه يبطل لو قال طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول بطل وليس لها ان تقبل بعده اجيب لا يلزم من كونه تعليقا ان لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله انت طالق ان شئت لتقصر على وجود المشية في المجلس وهذا مثله فرع للفضولي في النكاح ان يفسخ قبل الاجازة عند ابي يوسف رح حتى لو اجاز من له الاجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول ابي يوسف الآخر فاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد رح ويفرق بان متعلق العقد في البيع ترجع الى الفضولي بعد الاجازة لانه يصير كالوكيل بخلاف النكاح هذا وثبت الاجازة بالخبر ونحوه بلا خلاف وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا واحسنت واصبت على المختار واحتماله الاستهزاء لا ينفي ظهوره في الاجازة وكذا هذا في طلاق الفضولي وبيعه وكذا اذا هنأه فقبل التهنئة لانه دليل الرضا وكذا اذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها بعده لان تمرده يقتضي جعله على ما يناسبه من المشاركة وسياتي الكلام فيه ولو زوجه الفضولي اربعا في عقدة وثلثا في عقدة فطلق واحدة من فريق كان اجازة لنكاح ذلك الفريق لان الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح وكذا لو ادعت على رجل نكاحا فانكر ثم طلقها او قالت لرجل طلقني فيكون اقرارا بالنكاح الصحيح لان دعواها لم تكن كذبا وتمردا ليكون ظاهرا في المتاركة بخلاف ما لو باشره العبد بلا اذن سيده وقوله بالفارسية باك نيست اجازة على ما اختاره ابو الليث لانه يستعمل للاجازة ظاهرا ومثل ذلك في المراة وقبول المهر اجازة وقبول الهدية ليست باجازة لانه لا يتوقف ملائمته على النكاح بخلاف المهر

قوله ومن امر رجلا ان يزوج به امراة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما هذا شروع في مسائل الوكيل ولا يشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل وانما ينبغي ان يشهد على الوكالة اذا خيف جحد الموكل اياها وقوله لم يلزمه واحدة منهما يعني اذا لم يعينها للوكيل وكانه اكتفى بالتنكير والالة على ذلك ما اذا اضافها فزوجه اياها مع اخرى في عقدة واحدة نفذ في المعينة دون زوجه اياها في عقدتين لزم الاولى وتوقف الثانية لانه فضولي فيه ولو امره بتزويجتين في عقدة فزوجه واحدة جاز بخلاف ما لو امر بشراء ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لان الجملة في البيع بمنزلة الرخص فاعتبر تقييده وليس في النكاح كذلك فلا يعتبر الا ان قال لا تزوجني الا باختين في عقدة واحدة ثم اضاف وجه ما ذكر في الكتاب بقوله لا وجه الا تنفيذهما للمخالفة ولا الى تنفيذ احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق وهو غير مطابق للمدعى لانها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها اذ له ان يختار نكاحهما او نكاح احدهما ولا هو لازم كما ذكره بل الازم عدم

ومن امره امير المؤمنين بتزويج امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رح رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزويج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وقد ذكرنا في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو والله اعلم

امكان تقييده جاز تقييده لهما متعارفا وسعيا فاقتضى اللزوم مطلقا وهو المطلوب وكان ابو يوسف يقول اولا البيع نكاح احدهما لغيره عينيا والبيان الى الزوج ثم رجع لانه انما ثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط واذا وقع التعليل بالمخالفة لعدم النفاذ فليتدبر من فروعه فالوكيل اذا خالف الى خير لو كان خلافه كلا خلاف تفاوت عقده وليس منه ما اذا امره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحا بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح لان النكاح الفاسد ليس نكاحا لانه لا يفيد حكمه وهو الملك واما العدة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكما بل للفعل اذا لم يتمحض زنى بخلاف البيع الفاسد فانه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه الى البيع الصحيح خلافا الى خير فيلزم وليس منه ما اذا وكله بالنكاح بالف فلم ترض المرأة حتى زاد لها الوكيل شيئا من مال نفسه فانه لا ينفذ والنكاح موقوف على اجازة الزوج لانه خلاف الى شر للزوج لانه لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لانه متبرع ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك الا بعد الدخول فهو بالخيار ولا يكون الدخول بها رضا بامر الوكيل لانه لم يعلم فان فارقها بعد الدخول فلها الاقل من المسمى ومهر المثل لانه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك بخلاف ما لو امره بعمياء فزوجه بصيرة جاز ولو امره ببيضاء فزوجه سوداء او على القلب او من قبيلة فزوجه من اخرى او امة فزوجه حرة لا يجوز ولو زوجه مدبرة او مكاتبة ام ولد جاز قوله ومن امره امير ان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رح رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا والتقييد بالامير مطلقا وان كان امير المؤمنين ليعلم ذلك فيمن دونه بطريق اولى فحاصل المسئلة اذا امر غيره بتزويجه فزوجه امراة لا تكافيه ولا تهمة ولو زوجه امة لغيره او عميا او مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة جاز عنده خلافا لهما ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز اتفاقا وقيل هو قوله خلافا لهما ولو زوج وكيل المراة المراة غير كفو قيل هو على الخلاف وقيل الصحيح انه لا يجوز اتفاقا والفرق لابي حنيفة رح ان المراة تعير بغير الكفو فيتقيد اطلاقها به بخلاف الرجل فانه لا يعير بعدم كفاءتها له لانه يستفرش والمرأة تستفرش والمرأة لا يعيبها دناءة الفراش اما لو كانت امة للوكيل فلا يجوز للتهمة ولهذا لو وكل امراة فزوجته نفسها او وكلت رجلا فزوجها من نفسه لا يجوز وكذا اذا زوج وكيل الرجل بنته او بنت ولده او بنت اخيه وهو وليها لا يجوز للتهمة ولهما ان المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالاكفاء قلنا العرف مشترك اي الواقع من اهل العرف تزوجهم بالمكافيات وغير المكافيات فليس مختصا بتزويج المكافيات لينصرف الاطلاق اليه او عرف عملي فلا يصلح مقيدا للفظ اذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم اليه لفظ يقيده ولا يخفى ما في هذا الوجه وقولهم في الاصول الحقيقة تترك بدلالة العادة بفيله وليست العادة الا عرفا عمليا فالاول قال الاسبيجابي قولهما احسن للفتوى واختاره الفقيه ابو الليث وقد يكون في سكوت الشيخ عقيب قوله وذكرنا في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوج بالمكافيه اشارة الى اختيار قولهما لان الاستحسان مقدم على غيره الا في المسائل المعلوم والحق ان قول ابي حنيفة رح ليس تياسا لانه اخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في اي الاستحسانين اولى وفي وجه الاستحسان المذكور رفع لقول من قال من المشايخ ان هذه المسئلة دلت على ان الكفاءة معتبرة عندهما في النساء للرجال اذ ظهر ان قولهما ليس بناء عليه بل على ان الظاهر ان الاستعانة لا تحصل الا بتحصيل المناسب لا فيما صدق عليه مطلق الاسم لان كل احد يقدر على ذلك هذا ولو وكيل بتزويج امراة بعينها تملكه بالعين ليسر اجماعا والفاحش عنده خلافا لهما والفرق له بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالعين الفاحش اتفاقا ان التهمة

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم الحرمة واجب شرعا اباحة للشرف المحل فلا يتعرى اذ كره الصحيح

في حل الوكيل بالنكاح منفعة بسبب عدم استغنائه عن اضافة العقد الى موكله فيجوز منه بالغبن الكثير بخلاف الشراء فانه يستغني فيه عنه فتمكنت تهمة انه اشترى لنفسه فوجده خاسرا فجعله لموكله ومعنى لا يجوز هنا لا ينفذ النكاح الا ان يجيزه وكذا ان سمى الوكيل مثلا الفا فزوجه باكثر فان دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لان هذا الدخول ليس رضا لانه على اعتبار ان الوكيل لم يخالف اذ لم يعلم بخلافه بخلاف ما علم قبل الدخول بها فان فارقها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل فان كان الوكيل او الرسول ضمن المهر واخبرهم انه امره بذلك ثم رد الزوج النكاح لزيادة في المهر لزم الوكيل او الرسول نصف المهر وليس لان يلزمه النكاح ويلزم هو الزيادة لانه لما لم يتمثل صار فضوليا ولو كانت هي الموكلة وسمت الفا مثلا فزوجها الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل ان اقر الزوج ان المرأة لم توكله بدينار فهي بالخيار ان شاءت اجازت النكاح بدينار وان شاءت ردته ولها مهر مثلها بالغا ما بلغ ولا نفقة عدة لها لانها لما ردت تبين ان الدخول حصل في نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة وان كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها فان ردت فباقي الجواب بحاله قال المصنف في التجنيس يجب ان يحتاط في مثل هذا الامر لانه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه اولاد ثم تنكر المرأة قدر ما زوجها الوكيل ويكون القول قولها فترد النكاح وكذا هذا في سائر الاولياء اذا كانت المرأة بالغة وهذا ما ذكر في الرسول من مسائل اصل المبسوط قال اذا ارسل الى المرأة رسولا حرا او عبدا صغيرا او كبيرا فهو سواء اذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا يسالك ان تزوجيه نفسك فاشهدت انها زوجته وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول فان ذلك جائز اذا اقر الزوج بالرسالة او قامت عليه بينة فان لم يكن احدهما فالنكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضوليا ولم يرض الزوج بصنعه ولا يخفى ان مثل هذا بينة في الوكيل ثم ذكر في الرسول فروعا كلها تجري في الوكيل لا ما بين ذكرنا الفوائد قال فان كان الرسول زوجها وضمن لها المهر وقال قد امرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان اقر بذلك او ثبت او بينة واضمان لازم للرسول ان كان من اهل الضمان فان جحد ولا بينة بالامر فلا نكاح وللمرأة على الرسول نصف المهر لانه مقر بانه امره بذلك وان النكاح جائز وان الضمان قد لزمه واقراره على نفسه صحيح قال وذكر في كتاب الوكالة قال محمد رده على الوكيل المهر كله لان جحود الزوج ليس بفرقة وهذا بين لك ان لا فرق في هذه الاحكام بين الرسول والوكيل ثم قال في المبسوط فقيل ما ذكر هنا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وهناك قول محمد وابي يوسف الآخر بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا عنده فينفذ بالفرقة قبل الدخول وتسقط نصف المهر وعلى قول محمد رحمه الله لا ينفذ باطنا فيتسلم جميع المهر على الزوج فيجب على الكفيل لاقراره به وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح والاكراه للنكاح ليس تطليقا فلا يسقط به شيء بزعم الكفيل ووجه هذه انه انكر وجوبه عليه وهو ملك اسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطا فيما يكنه قال فان كان الرسول قال لم يامرني ولكني ازوجه واضمن عنه المهر ففعل ثم اجاز الزوج جاز ولزم الزوج الضمان لان الاجازة كالاذن في الابتداء وان لم يجز لم يكن على الرسول شيء لان اصل السبب قد انتفى برده وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل

باب المهر لما كان حكم العقد سيقعه في الوجود فعقبه اياه في البيان ليتحاذى بتحقيقه الوجودي تحقيقه التعليمي **قوله** ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا خلاف في ذلك لان النكاح عقد انضمام يعني ليس ماخوذا في مفهومه المال جزاء فيتم بدونه الا ان قوله عقد لا يستلزمه الا اذا لم يثبت في مفهومه زيادة شروط وهو منتف اذ قد ثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى ويزوج ان المهر ايضا واجب شرعا فيه فاجاب بانه وجب

وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها ينبغي ان يفسد وفيه خلاف مالك رح واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رح ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام لا مهر اقل

شرفا كما ورد الحديث فادى لقوله فلا يحتاج الى ذكره اذ لم يسم امانة لشرف المحل اما انه وجب شرفا فلقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فقيد الاحلال بها واما اعتباره حكما فلقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتموهن ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة فان رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجبا ليس متقدما وهو الحكم واما انه امانة لشرفه فلمقابلته ذلك اذ لم يشرع بدلا كالثمن والاجرة وللاتوجب تسميته فعلمنا ان البدل للنفقة وهذا الاظهار خطره ولا يستهان به وان فقد تاكد شرعا باظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بالزام المهر فحصل ان المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم ثبوته هو كذلك يثبت مهر المثل عند عدم تسمية المهر قوله وكذا اذا تزوج بشرط ان لا مهر لها اي يصح النكاح وفيه خلاف مالك رح وجه قوله ان النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع يشترط ان لا ثمن لا يصح فكذا النكاح يشترط ان لا مهر وكان مقتضى هذا ان يفسد بترك التسمية ايضا الا انا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود في المفوضة وسنذكره قلنا حديث ابن مسعود دل على ان المهر اعتبر حكما شرعا والا لما تم بدون التنصيص عليه ولا وجوب لشيء بلا ركنه شرطه فحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما واذا ثبت به كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا وبه لا يفسد النكاح بخلاف البيع لان الثمن ركنه فلا يتم دونه وبهذا ظهر ان ركن البيع بعت بكذا لا مجرد قوله بعت هذا ويصح الرهن بمهر المثل لانه كالمسمى في كونه دينا فان هلك وبه وفاء كانت مستوفية فان طلقها قبل الدخول لزمها ان تؤدي ما زاد على قدر المتعة ولو كان الرهن قائما وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها ان تحبسه بالمتعة في قول ابي يوسف الآخر وفي قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لانها خلفه والرهن بالشيء يحبس بتحلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة وجه الآخر انها دين آخر لانها ثياب وهي غير الدراهم والدليل عليه ان الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة ويتفرع على القولين ما اذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعته حتى هلك بل يضمن تمام قيمته ففي قوله الاول لا ضمان عليها لانها حبسته بحق وفي الآخر تضمن تمامه لانها غاصبة ولو هلك قبل منعها لا ضمان عليها ولكنها في قوله الاول ليست مستوفية للمتعة وفي قوله الآخر لها ان تطالبه بها قوله واقل المهر عشرة دراهم فضة وان لم تكن مسكوكة بل تبرا او انا اشترط المسكوكة في نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد وهذا عندنا وعند مالك رح ربع دينار وعند الحسن اربعون وقال الشافعي واحمد رح ما يجوز كونه ثمنا لانه حقها او جعل ان يضعها ولذا تتصرف فيه ابراء واستيفاء فيكون التقدير اليها ويدل على عدم تعيين العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث قال فيه كم سقت اليها قال وزن نواة من ذهب فقال بارك الله لك ولم يقل لو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلثة وثلث وقيل النواة فيه نواة التمر وعن جابر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا او تمرا فقد استحل رواه ابو داود والان قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين يوجب وجود المال مطلقا فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وانتم تمنعونه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حديث جابر رض الا لا يتزوج النساء الا الاولياء ولا يتزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة رواه الدارقطني والبيهقي وتقدم الكلام عليه في الكفاءة فوجب الجمع فحيث كلما افاد ظاهره كونه اقل من عشرة على انه المعجل وذلك لان العادة عندهم كان تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض علمائنا الى انه لا يدخل بها حتى يقدم شيئا لها نقل عن ابن عباس رض وابن عمر رض والزهري وقتادة رض تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا فيما رواه ابن عباس رض ان عليا لما تزوج بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان يدخل بها فمنعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال

من عشرة وكانه حتى لشرع وجوبا اظهار الشرف المحل فيقدر بما يليق بحطر وهو العشرة اعتبارا بمنصاب السرقة

اعطها ودرعا فاعطاها درعه ثم دخل بها فقضى به ابو داود ورواه النسائي ومعلوم ان الصداق كان اربعمائة درهم وهي فضة لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة رضي الله عنها قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اردت امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئا رواه ابو داود فيحمل المنع المذكور على الندب اي ندب تقديم شيء ادخالا للمستقبل عليها تأنقا للقلوبها واذا كان ذلك معهودا وجب حمل ما يخالف ما رويناه عليه جمعا بين الاحاديث كذا يحمل امره صلى الله عليه وسلم بالتماس خاتم من حديد على انه تقديم شيء تافه ولما عجز قال تحفظها عشر من آية وهي امرأتك رواه ابو داود وهو محمل رواية الصحيح زوجتكها بما معك من القرآن فانه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات قيل لا تعارض ليحتاج الى الجمع فان حديث جابر فيه مبشر بن عبيد والحجاج بن ارطاة وهما ضعيفان عند المحدثين قلنا له شاهد يعضده وهو ما عن علي رضي الله عنه قال لا قطع اليد في اقل من عشرة دراهم ولا يكون المهر اقل من عشرة دراهم رواه الدارقطني والبيهقي وقال محمد بلغنا ذلك عن علي وعبد الله بن عمر وعامر وابراهيم ورواه باسناده الى جابر في شرح الطحاوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا من المقدرات فلا يدرك لاسما وقد روى ذلك فيه داود والازدي عن الشعبي رفعه عن علي ضعفه داود وهذا ضعفه ابن حبان والحق ان وجود ما ينفي بحسب الظاهر تقدير المهر بعشرة في السنة كثير منها حديث التمس ولو خاتما من حديد وحديث جابر من اعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا الحديث وحديث الترمذي وابن ماجة ان صلى الله عليه وسلم اجاز نكاح امرأة على نعلين صححه الترمذي وحديث الدارقطني والطبراني عنه صلى الله عليه وسلم ارضيت من نفسك ومالك بالنعلين فقبل والعلائق قال ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيبا من اراك وحديث الدارقطني عن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم قال لا يصدق احدكم تفليل ما يتزوج او تكثيره وبعد ان يشهد الا انها مضعفة ما سوى التمس فحديث من اعطى فيه اسحق بن جبريل قال في الميزان لا يعرف وضعفه الازدي ومسلم بن رومان مجهول ايضا وحديث النعلين وان صححه الترمذي فليس بصحيح فيه عاصم بن عبيد الله قال ابن الجوزي قال ابن معين ضعيف لا يحتج به وقال ابن حبان فاحش الخطأ فترك وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن السلماني قال ابن القطان قال البخاري منكر الحديث ورواه ابو داود في المراسيل فيه محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى ضعيف وحديث الخدري فيه ابو هارون العبدي قال ابن الجوزي قال احمد بن حنبل كذاب وقال السغدي مثله مع احتمال كون تلك النعلين تساوي عشرة وكون العلائق دراهما النفقة والكسوة ونحوها الا انه اعم من ذلك واحتمال التمس خاتما في المجلس وان قيل انه خلاف الظاهر لكن يجب المصير اليه لانه قال فيه بعد زوجتكها بما معك من القرآن فان حمل على تعليمه اياها معه او نفي المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى بعد عد المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين فقيد الاحلال بالابتغاء بالمال فوجب كون الخبر غير مخالف له والا لم يقبل ما لم يبلغ رتبة التواتر وهي قطعي في دلالته لانه منسخ للقطعي فيستدعي ان يكون قطعيا فاما اذا كان خبرا واحدا فلا فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر ثابت بناء على ما عهد من ان لزوم تقديم شيء اوبه كان واقعا فوجب الحمل على ذلك لكن ينفي كون الحمل على ذلك عدا الا بخبر واحد لم يصح عند المحدثين يستلزم الزيادة على النص لانه يقتضي تقييد الاحلال بمطلق المال فالقول بانه لا يحل الا بمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وانه لا يجوز فان قيل قد اقترن النص بما يفيد تقديره بمعين وهو قوله تعالى عقيبه قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت ايمانهم ثم ذلك المعين مجمل فيلتحق بيانا بخبر الواحد قلنا انما افاد النص معلومية المفروض له سبحانه والاتفاق على انه في الزوجات والمملوكين ما يكفي كلا من النفقة والكسوة والسكنى فهو مراد من الآية قطعا وكون المهر ايضا مرادا بالسياق لانه عقيب قوله خالصة لك يعني نفي المهر خالصة لك وغيرك قد علمنا ما فرضنا عليهم من ذلك فخالف حكمهم حكمك لا يستلزم تقديره بمعين وتقرير المهر في تقدير المهر قياس حاصله المهر حق الشرع بالآية

الجزري

ابان

ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رح مهر المثل لان التسمية لم يصح اعتبارا لعدمها
ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صارت مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة
لرضاها بما دونها ورضاها معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما او لا ترضى فيه بالعوض
اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها يجب خمسة عند علمائنا الثلثة رح وعنده يجب المتعة كما اذا لم
يسم شيئا ومن سمى مهر عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل

وسببه اظهار الخطر للبضع على ما تقدم ومطلق المال لا يستلزم الخطر كحبة حنطة وكسرة وتورعهدنى الشرع تقدير ما يستباح به البضع بما له خطر وذلك
عشرة فى حد السرقة فيقدر به فى استباحة البضع وهذا فى رد المختلف فيه الى المختلف فيه فان حكم الاصل ممنوع فانهم لا يقدرون نصاب السرقة
بعشرة وايضا المقدر فى الاصل عشرة مسكوكة او ما يساويها ولا يشترط فى المهر ذلك فلو سمى عشرة تبرا تساوى تسعة مسكوكة تجاز اللهم الا
ان يحمل استدلالا على انه مقدر خلافا للشافعى رح فى نفيه قوله ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رح مهر المثل قياسا على عدم التسمية
بهذه التسمية الاقل تسمية ما لا يصلح مهرا وتسمية ما لا يصلح كعدمها فتسمية الاقل كعدم التسمية وعدم التسمية فيه مهر المثل فتسمية الاقل فيه مهر المثل
وقولنا استحسان وله وجهان احدهما ان العشرة فى كونها صداقا لا تتحرى شرعا وتسمية بعض ما لا يتحرى كله فهو كما لو تزوج نصفها
او طلق نصف تطليقة حيث يعتد ويقع طلقة فكذا التسمية بعض العشرة والثانى وهو المذكور فى الكتاب حاصله ان فى المهر حقين حقها وهو
ما زاد على العشرة الى مهر مثلها وحق الشرع وهو العشرة وللانسان التصرف فى حق نفسه بالاسقاط دون حق غيره فاذا رضيت بما دون العشرة
فقد اسقطت من الحقين فيعمل فى مالها الاسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه فاوجبنا
الزائد بلا موجب فان قيل القياس المذكور موجب له ولم يطل بعد لانه معارضة قلنا ابطاله ان التشبيه المذكور انما فى الحكم ابتداء بان يدعى
اندراج التسمية ما لا يصلح فى عدمها فثبوت الحكم فيه اعنى وجوب مهر المثل ح بالنص والاجماع دون القياس ولا ح يمنع الاندراج وانما فى الجامع
فهو القياس ليثبت حكم الجامع فى محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته فى الفرع او قياس الشبه الطردى باطل ولا يعلم ما هو الا ان يعينه عدم
القدرة على تسليم شئ او لا قدرة على تسليم العدم بوجه ومنع كلية الكبرى لان عدم القدرة يخص ما ليس بمال كالمجهول فاحتشنا ان عينه فوات
الخطر الذى وجب لاجله المهر على ما قررتم قلنا نجب ما تحقق به ولم يتعين مهر المثل لتحققه بالعشرة فما الزائد بلا موجب واما افساد المصير لقول لا معتبر
لعدم التسمية الخ فيعنى لا نسلم ان كلا لا يصلح مهرا يكون كعدم التسمية فى ايجاب مهر المثل لان عدمها يصار الى ان يكون لرضاها بغير مهر
فانه قد يكون لظنها مهر المثل لمعرفة انه حكمه ورضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لانها قد ترضى بعد سنة تكرما على الزوج ولا ترضى
بالعوض اليسير ترفعا فبعيد عن المبنى ولو قيل عدم التسمية ظاهر فى القصد الى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت فى المتنازع
فيه ظهور ذلك والا لتركوا التسمية راسا لان زيادة التسمية ح تكلف امر مستغنى عنه فى المقصود وهو قصد مهر المثل مع انه مختلف فى كون
حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل بل الظاهر انها رضيت بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الاصل فيه والا لكان
اقرب مع انه لم يعين المبنى ثم فرع على الخلاف فقال ولو طلقها قبل الدخول اى فى صورة تسمية ما دون العشرة ولها خمسة عند علمائنا الثلثة
لان موجب هذه التسمية عشرة وعند المتعة وفى المبسوط وكذا لو تزوجها على ثوب يساوى خمسة فلها الثوب وخمسة خلافا له ولو طلقها قبل الدخول
فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة ولتعتبر قيمة الثوب يوم التزوج عليه وكذا لو سمى مكيلا او موزونا لان تقدير المهر او اعتباره
عند العقد وروى الحسن عن ابى حنيفة رح انه فى الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفى المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت
فى الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلا تعتبر قيمته وقت القبض انتفى وعلم مما ذكر ان المراد بثوب يتعين عينه
اما لو كان بغيبة فانها تملك بنفس العقد كما سيعلم قوله فلها المسمى ان دخل بها الخ هذا اذا لم يكن سد الذرائع المستمرة فان كان تزوجها على الدراهم

وبه يتأكد البدل وبالموت يتم النكاح نهايته والشئ باتمامه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية ولا تعتبر متعارضته ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره فيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله

التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فانها على الزوج تتمتها يوم كسدت على المختار بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ما سيعرف **قوله** وبه يتأكد البدل اي يتأكد لزومه فانه كان قبل الازم لكن على شرف السقوط بارتداد ها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة **قوله** والشئ باتمامه يتقرر الان انتهاؤه عبارة عن وجود تمامه فيستعقب مواجبه الممكن الزامها من المهر والارث والنسب بخلاف النفقة ويعلم من هذا الدليل ان موتها ايضا كذلك فالاقتصار على موته اتفاقي والاختلاف للاربعة في هذا سواء كانت حرة او امة **قوله** وان طلقها قبل الدخول والخلوة اي بعد ما سمى لها نصف المهر ثم ان كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الى ملك الزوج وعندنا لا يبطل ملك المرأة في النصف الا بقضاء او رضاء لان الطلاق قبل الدخول اوجب فساد سبب ملكها في النصف وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فاولى ان لا يمنع بقاءه فيتفرع على اختلاف هذا الزوج الجارية المهر بعد الطلاق قبل الدخول وهي مقبوضة للمرأة فاعتقته في نصفها عنده وعندنا لا ينفذ في شئ منها ولو قضاء القاضي بعد عتقه بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لانه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد اذا اعتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذي كان قبل الرد ولو اعتقها المرأة بعد الطلاق تنفذ في الكل وكذا ان باعت او وهبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والتراضي عندنا واذا تقرر فيها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر حكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفى في حكم المعيب دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة وازالة البكارة بلا دخول لكن تزوج بكرا قد فضها فزالت بكارتها ليس كالدخول فلا يجب الا نصف المهر عند ابي حنيفة رح وعند محمد ره كماله واختلف الرواية عن ابي يوسف فقيل هو مع محمد وقيل مع ابي حنيفة **قوله** والآية تستقيم فيه متعارضته جواب عن سؤال مقدر بان الآية وهي قوله تعالى فنصف ما فرضتم عام في المفروض اعلى حكم التنصيف وقد خص منه ما اذا كان المفروض نحو الخمر وما اذا سمى بعد العقد الخالي عن التسمية فانه لا تنصيف بالطلاق قبل الدخول فجاز ان يعارضه القياس ان وجد وقد وجد وهو انه في طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على نفسه باختياره فكان كاعتاق المشتري العبد المبيع واتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى او يقال مرجع المبدل اليها سالما فكان كما اذا قبضا بلا قبض في البيع يسقط كل الثمن فقال الآية تستعارضه فان مقتضى الاول وجوب المسمى تماما كما ذكرنا ومقتضى الثاني لا يجب لها شئ اصلا فتساقطا فبقي النص على ما كان عليه فكان المرجع اليه وعلى هذا يسقط ما اورد من ان مقتضى العبارة ان المصير الى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لان ذلك في نص لا يعارضه القياس ومن ان القياسين اذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في احدهما لان ذلك فيما اذا لم يكن عموم نص يرجع اليه لكن تقرير السؤال على الوجه المذكور لا يتوجه لان تمام معنى الآية هو انتصاف المسمى بالطلاق قبل الدخول قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فتوجيه السؤال بان النص قد خص وقياس الطلاق قبل الدخول على اتلاف المبيع ونحو ذلك يوجب ان لا يجب شئ باطل لانه نسخ لتمام موجب النص لا تخصيص اذ لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شئ وليس نسخ العام المخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض باخر بخلافه من الاخراج وتقريره لا على انه جواب سؤال يرد عليه ما ذكرنا انه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن جاريا في الاستدلال سوى التعرض للنص الا ان يكون قصد ذكر الواقع في نفس الامر **قوله** وشرط يعني القدوري رح في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول ان يكون قبل

قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها او لها ما شاء او ما بدا لها او ما بدا لاحدهما
وقال الشافعي رح لا يجب شئ في الموت واكثر هم على انه يجب في الدخول لان المهر خالص حقها
فتمكن من نفيه ابتداء كما تمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر
وانما يصير حقا لها في حالة البقاء فتملك الامراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول لها
المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية فهذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر

الآية لانها كالمدخول عنه تأكد تمام المهر بها قوله وان تزوجها ولم يسم لها مهرا الخ الى قبل ان وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه عندنا
سواء كان مع نفي المهر او شرط الفساد وهي في العقد او شرط ما يشتمل من جنسه وصورته هذا تزوجها على الف على ان تزوجه اليها فاسد ولها مهر مثلها
بمنزلة ما هو التسمية لان الالف وقعت مقابلة بمنفعة البضع بالتسمية بخلاف ما لو تزوجها على الف على ان تزوجه مائة دينار جاز وتقسم الالف
على مائة دينار ومهر مثلها فاذا اصاب المسمى يكون مهرا مستوفيا وما يخص مهر المثل يكون مهرا فان طلقها قبل الدخول رجعت بنصف
ذلك على الزوج ان كانت قبضت الالف لان المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة ولو تقررا قبل القبض
يسقط حصة الدنانير من الدراهم وفي هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل من الالف اقل من عشرة دراهم ومن صور وجوبه ان تزوجها على حكمها او حكمه
او حكم آخر لانه في الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا ان في الاضافة الى نفسه ان حكم لها بقدر مهر المثل او اكثر صح او دونه فلا الا ان ترضى واليها
ان حكمت بمهر مثلها او اقل جاز او اكثر فلا الا ان يرضى والى الاجنبي ان حكم لها بمهر المثل جاز لا ما لا اقل الا ان ترضى ولا ما لا اكثر الا ان يرضى وكذا اذا تزوجها على
ما في بطن جارية او اعتاقه لا يصح بخلاف خلعها على ما في بطن جاريتها ونحوه يصح لان ما في البطن بعرضية ان يصير مالا بالانفصال وان لم يكن مالا في الحال
والعوض في الخلع يحتمل الاضافة كالخلع بخلاف النكاح لا يحتملها فلا يحتملها ما يدله ومثله ما يخرجه نخلة وما يكتسبه غلامه قوله او مات عنها وكذا اذا مات هي يجب
ايضا مهر المثل لورثتها قوله وقال الشافعي رح يعني في قول عنه لا يجب في الموت شئ للمفوضة وهو قول مالك رح في صورة نفي المهر وقوله الآخر كقولنا
قوله واكثرهم اي اكثر اصحابه قوله لان المهر خالص حقها فتمكن من نفيه ابتداء كما تمكن من اسقاطه انتهاء اي بعد التسمية ولا يخفى ان هذا الاستدلال
يقتضي نفي وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الاكثرون لان عمر وابنه وعليا وزيدا رضوان الله عليهم قالوا في المفوضة حبها الميراث
ولنا ان سائلا سأل عبد الله بن مسعود رض عنها في صورة موت الرجل فقال بعد شهر اقول فيه برأيي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطاء
فمني ومن الشيطان والله ورسوله عنه بريئان ارى لها مهر مثل نسائها ولا وكس ولا شطط فقام رجل فقال اشهد ان سنان
ابو الجراح حامل راية الاشجعيين فقال نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضائك بذا فسر
ابن مسعود رض سرورا لم يسر مثله قط بعد اسلامه وبروع بكسر الباء الموحدة في المشهور ويروى بفتحها هكذا رواه اصحابنا رح وروى الترمذي والنسائي
وابو داود هذا الحديث بلفظ انحصر وهو ان ابن مسعود قال في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق لها الصداق كاملا وعليها
العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق بمثل هذا لفظ ابي داود وله روايات اخر بالفاظ قال
البيهقي جميع روايات هذا الحديث واسانيدها صحاح والذي روي من رد على ابن مسعود فلمذهب تفرد به وهو تجانيف الراوي الا ابا بكر الصديق رض ولم يرد الرجل
ليحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك ومن انكر ثبوتها عنه الحافظ الكندري قوله ولنا ان المهر وجب حقا للشرع اي وجوبه ابتداء حق الشرع لما قدمناه فان المهر
يصير حقها في حالة البقاء اي بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لها شرعا حق اخذه فتمكن رح من الابراء المعاوضة عنها دون نفيه ابتداء لان يجب
قوله ثم هذه المتعة اي متعة المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر في العقد واجبة عندنا وعند الشافعي واحمد رح وخصها احتراز
عن غيرها من النساء فان المتعة لغيرها مستحبة الا لمن سنذكره قوله رجوعا الى الامر هو قوله تعالى ومتعوهن عقيب قوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء
ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة اي ولم تفرضوا لهن فريضة فانصرف الى المطلقات قبل الفرض والتمييس بخلاف المدخول بها فان المتعة

فيه خلاف مالك رحمه الله والمتعة ثلثة الثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم قوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حالة الزوج اعلاما بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره شرعي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل ان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول لا شيء لها والمتعة وعلى قول ابي يوسف رحمه الله الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه مفروض بنص بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا ينتصف فلذا ما نزل منزلته والمراد بما هو الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف قال فان زاد لها في المهر بعد العقد

تجب لها فرض لها او لا قوله وفيه خلاف مالك مذهبه استحباب المتعة في هذه الصورة وغيرها من الصور الا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض ان تجب الفرقة من جهتها في جميع الصور ووجه قوله تعليقه بالمحسن اعني الامر المذكور بقوله سبحانه حقا على المحسنين وهم المتقون فيكون ذلك بمنزلة صرف الامر المذكور الى الندب والجواب منع قصر المحسنين على المتقين بل هو اعم منه ومن القائم بالواجبات اليضا فلا ينافي الوجوب فلا يكون صارفا الامر عن الوجوب مع انضم اليه من لفظ حقا وعلى قوله والمتعة ثلثة الثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة قدرها لانها اللبس الوسط لانها تصلي وتخرج غالبا فيها وفي المبسوط كسوة المتعة درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس من بعدهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وحيث قدروه بما مع فهم اللغة يعرف منه ان لفظة متعة لا يقال في اعطاء الدراهم بل فيما سواها من الاثاث والامتعة وهو المتبادر الى الفهم ايضا فلا يقدر بالدراهم وان لم يتبع ان يتبع على الدراهم ايضا لان الثابت في المتبادر من اللفظ وعن الشافعي رحمه الله تقديرها بثلاثين درهما باجتهاد الحاكم وقيل يجتهد ليعرف حال من يعتبر حاله من الزوجين وحالها لان الاثواب معتبرة بحالها على ما هو الاشبه بالفقه لان في اعتبار حاله تسوية بين الشريفة والدنية وهو منكر بين الناس وقيل يعتبر حالها وهو الذي يشير اليه قول القدوري من كسوة مثلها وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فانها اذا وجبت عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا في خلفه وهكذا في النفقة والكسوة فان كانت من اسفل من الكرباس وان كانت وسطا من القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم واطلاق الذخيرة كونها وسطا لانها غاية الجودة ولا نهاية للردائة لا يوافق رايا من الثلاثة الا اعتبار بحالة او حالها او حالها وقيل يعتبر حاله وهو اختيار الكرخي وصححه عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقد يقال ان هذا ينافض قولهم ان المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل لانها خلفه فان كانا سواء فالواجب المتعة لانها الفريضة بالكتاب العزيز وان كان نصف مهر المثل اقل من المتعة فالواجب الاقل الا ان تنقص عن خمسة دراهم فيكمل الخمسة وهذا كالمتعة بدل الاصل والمبسوط وهو صحيح في اعتبار حالها وهذا لان مهر المثل هو الموفر الاصلي لكنه تعذر تسليمه بحالته فيصير اي المتعة خلفا عنه فلا يجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لان اقل المهر عشرة ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لا نسلم بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك اجيب بان النكاح الذي فيه التسمية في المال اقوى من نكاح لا تسمية فيه وفي الاقوى لا يجب بالطلاق قبل الدخول اكثر من نصف ما كان واجبا قبل فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل بدليل وجوبه بالطلاق قبل الدخول على نصفه ثم لا تجب المتعة الا اذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والايلاء واللعان والجب والعنة ورده وآبائه وتقبيلها ابنها وابنتها بشهوة وان جاءت من جهتها فلا تجب كردتها وآبائها وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وكما لا تجب المتعة بسبب مجيء الفرقة من قبلها لا تستحب لها ايضا لمجيئها ومقتضى هذا ان لا تستحب في خيار البلوغ ينبغي ان يقال بمجيئها او رضاها به واستحباب المتعة لا يجابها بالطلاق وكذا لو فسخه بخيار البلوغ او اشترى هو او وكيله منكوحتها وبابنها المولى من اسفل ثم اشتراها منه الزوج تجب المتعة وكل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجودها وفي كل موضع تجب فيه يجب والواجب بالعقد هو المسمى او مهر المثل ان لم يسم ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه وقيل كله ثم يجب النصف بالطريق المتعة قوله وعلى قول ابي يوسف الاول اشارة الى ان قوله الاخر كقولهما قوله فيتنصف بالنص يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم فانه يتناول ما فرض في العقد او بعده وبتراضيهما او بفرض القاضي فان لهما ان ترفعه الى القاضي ليفرض لها اذا لم يكن فرض لها في العقد قوله ان هذا تعيين لمهر المثل وذلك لان هذا العقد صحيح العقد موجبا لمهر المثل لان ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهر او ثبوت الملزم لا يتخلف عنه

لزمته الزيادة خلافا للشافعي رح ويسقط ذكره في زيادة الثمن والثمن ان شاء الله واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف رح او لا تتنصف مع الاصل لان النصف عندهما يختص

بثبوت اللازم فاذا كان الثابت بلزوم مهر المثل لم يتنصف اجماعا فلا يتنصف ما فرض بعد العقد والفرض المنصف في النص اعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم يجب حمله على المفروض في العقد بالضرورة لانا لما بينا ان المفروض بعد عقد لا تسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المراة وان الاجماع على عدم انتصافه لزم بالضرورة ان المتنصف بالنص ما فرض بالعقد على ان المتعارف هو الفرض في العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق انه اوجبه في العقد فيقيد كذلك نصف ما فرضتم ضرورة ان المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع في العقد وهذا من الم تقييد للعرف العملي بعد ما منع سنده في الفصل السابق حيث قال او هو عرف عملي ولا يصلح مقيدا للفظ وقدمنا ان احق التقييد به وفي النهاية والدراية لا يتناول غيره اي غير المفروض في العقد اذ المطلق لا عموم له وليس بشئ لان المطلق المتعرض لجرد الذات يتناول المفروض على اي صفة كانت سواء كان في العقد او بعده بتراضيهما او بفرض القاضي عليه لو رافعته ليفرض لها فالصواب ما ذكرنا من ان المفروض بعد العقد نفس مهر المثل وان الفرض لتعيين كمية ليكون دفعه وهو لا يتنصف اجماعا فتعين كون المراد به في النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بيناه ولان غيره غير متبادر لندرة وجوده فرع لو عقد بعد التسمية ثم فرض لها دارا بعد العقد ولا شفعة فيها لانه اضيع لما قلنا ان المفروض بعده تقدير مهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها ان ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة بخلاف ما لو كان مسمى في العقد ثم ما هبه الدار فان فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر وان طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق قوله لزمته الزيادة خلافا للشافعي رح لانها لو صحت بعد العقد لزم كون الشئ بدل ملكه قلنا اللزوم متنع على تقدير الالتحاق باصل العقد وينتقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها والدليل على الصحة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فانه يتناول ما تراضيا على الحاقه واسقاطه ومن فروع الزيادة ما لو راجع المطلقة الرجعية على الف فان قبلت لزمت والا فلا لان هذه زيادة وقيولها شرط في اللزوم ونياسب هذه مسئلة التراجع لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا في السر على مهر وعقدا في العلانية باكثر منه ان اتفقا على ان العلانية هزل فالمهر مهر السر وان اختلفا فادعى الزوج المواضعة وانكرت فالقول لها بذا ان اتحد الجنس فان اختلفا فانه يعقد بمهر المثل ولو عقدا في السر بالف وأظهرا الخمسين فكذلك ان اتفقا على المواضعة فالمهر ما في السر واختلفا فالقول للمرأة في دعوى الجد فيلزمه مهر العلانية الا ان يكون اشهد عليها او على وليها الذي زوجها منه انه مهر السر واقام البينة بذلك تثبت ما اوعاه ولو عقدا في السر بالف ثم عقدا في العلانية بالفين واشهدا ان العلانية بمتعة فالسر وان لم يشهدا فالعلانية عند ابي حنيفة رح والمهر مهر السر وعند محمد مهر العلانية وذكر القاضي الامام ابو يوسف مكان محمد وجعل محمدا مع ابي حنيفة قال لو تزوج امراة بالف ثم جدد بالفي درهم اختلفوا فيه كما بخواهر زاده ان على قول ابي حنيفة ومحمد لا تلزم الالف الثانية وعلى قول ابي يوسف يلزمه الالف الثانية وذكر في المحيط قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وفي شرح الطحاوي تزوجها على الف ثم الفين لا يثبت الثاني فلافا لابي يوسف وعلل عدم الثبوت بانهما قصدا اثبات الزيادة في نفس العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة فاتفقت هذه المقولة على ان قول ابي حنيفة عدم الثاني وعلى عكس هذا حكى الخلاف في الكافي الشيخ حافظ الدين قال تزوجها على مهر في السر بشهادة شاهدين على الف ثم تزوجها في العلانية بالفين فمهرها الفا درهم ويكون هذا زيادة في المهر عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف المهر هو الاول وهذا هو ظاهر المنصوص في الاصل وعليه مشى شمس الائمة ان عند ابي حنيفة رح المهر مهر العلانية قال في المبسوط اذا تعاقدا في السر بالف واشهدا انهما يجددان العقد بالفين بسبعة فالمهر هو الاول لان العقد الثاني بعد الاول لغو وبالاشهاد علمنا

بالمفروض في العقد وعنده كالمفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي رحمه لها نصف المهر

انما قصدا النزل بما سميا له فيه وان لم يشهدا على ذلك فالذي اشار اليه في الكتاب المهر مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا هذا عند ابي حنيفة فاما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله المهر هو الاول لان العقد الثاني لغو فما ذكر فيه يعتبر من الزيادة يلغو وعن عند ابي حنيفة رحمه الله ان العقد الثاني ان كان لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا ابني فانه لما لغى صريح كلامه عند هما لم يتحقق العبد وعنده وان لغى صريح كلامه في حكم النسب يبقى معتبرا في حق العتق انتهى كلام شمس الائمة وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي من تعليل عدم اعتبار الثاني قوله اشار في الكتاب الى ان المهر مهر العلانية هو والله اعلم اطلاق اعتبار العلانية في الاصل فان عبارته فيه اذا تزوجها على مهر في السر وسمى في العلانية فالتسمية في العلانية يشتمل ما اذا شهدا على ان العلانية نزل غير مقصود واذا لم يشهدا على ذلك وما اذا كان التسمية ليس في ضمن عقد بل مجردا اظهار على ما هو عكس اول صور المواضعة وبنيا عليه او في ضمنه فما اخرجه الدليل خرج ويبقى الباقي ولا اختلاف في اعتبار الاول اذا شهدا على هزلية الثاني واعترفا به مطلقا فيبقى ما لم يشهدا فيه ولم يعترفا به جاريا في ضمن عقد ثان مرادا اتفاقا وظاهر هذا انه لا خلاف فيه بينهم ولله سبحانه اعلم ذكر عصام ان عليه الفتوى ولم يذكر خلافا وان ذكر في المحيط عنه انه ذكر في كتاب الاقرار انه لا يثبت الزيادة فاما حكى المشائخ الخلاف يجب كون المذكور قول ابي حنيفة البتة لان وضع الاصل لافادة قوله وكان القاضي الامام قاضي خان انما افتى بانه لا يجب بالعقد الثاني شئ الا اذا عنى به الزيادة في المهر لما علم انه علة اعتبار العلانية فيما اذا جدا ولم يشهدا كونه زيادة لكن الاوجه الاطلاق فان ذلك يقتضي ان يسال الزوجان عن مرادهما قبل الحكم وقد ينكر الزوج القصد ويفتح باب الخصومة من غير حاجة الى ذلك لانه اذا كان الثابت شرعا جواز الزيادة في المهر والكلام الثاني يعطيه صادرا من مميز عاقل وجب الحكم بمقتضاه بل يجب انه لو ادعى النزل به لا يقبل ما لم تقم بينة على اتفاقهما على ذلك فتم ويخال ايضا انه يجب لا لفان مع الالف السر فتجتمع عليه ثلاثة آلاف لان الاول قد ثبت وجوبه ثبوتا لا مرد له والمفروض كون الثاني زيادة فيجب بحاله مع الاول ومن ثم ذكر في الدراية عن شرح الاسبيجابي جدد على الف ثبت التسميتان عند ابي حنيفة وعندهما لا يثبت الثانية وكذا لو راجع المطلقة بالف وفي النوازل عن الفقيه ابي الليث رحمه اذا جدد يجب كلا المهرين ووجه من نقل لزوم الثاني فقط اعتبار ارادة الاول فمن الكلام الثاني لان الظاهر كون المقصود تغيير الاول الى الثاني والذي يظهر من الجمع بين كلام القاضي والاطلاق المرتضى فعليه كون المراد بكلام الجمهور لزومه اذا لم يشهدا من حيث الحكم ومراد القاضي لزومه عند الله في نفس الامر ولا شك انما يلزم عند الله تعالى اذا قصدا الزيادة فاما اذا لم يقصدا حتى كانا نازلين في نفس الامر فلا يلزم عند الله شئ حتى لا يطالب به في الفتيا ويلزم ذلك في حكم القاضي لانه يوافقه بظاهر لفظه الا ان يشهدا على خلافه وما قيل انه لا يجب المهر الثاني الا اذا كانت قالت لا ارضى بالمهر الاول او ابرائه ثم قالت لا اتم مسكك بدون مهر فاما اذا لم يكن هذا البساط فلا يجب الثاني قريب من قول القاضي وحاصله اعتبار قرينة ارادة الزيادة واختلافهم فيما اذا كان التجديد بعد هبتها المهر الاول انه هل وجوب الثاني على الخلاف او ان الاتفاق على عدم موجب غير بعيد اذ قد يخال كون الزيادة يستدعي قيام المزيد عليه وبالهبة انتفى قياسه فلا تحقق كون الثاني زيادة وهو المحقق لوجوبه وقد يقال انما يستدعي دخوله في الوجود لا يقاءه الى وقت الزيادة فصلح منشاء للخلاف في ثبوته على الخلاف او عدم ثبوته بالاتفاق وفي الفتاوى امرأة وهبت مهرها من زوجها اشهدان لها عليه كذا من مهرها تكلموا فيه والمختار عند الفقيه ابي الليث ان اقراره جائز اذا قبلت ووجهه في التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما امكن وقد امكن بان يجعل كانه زاد ها

كان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتأكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل وبعمرة او كانت حائضا فليست بخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه ان يعرى عن تكسر وفتور

في المهر وانما شرطنا القبول لان الزيادة في المهر لا تصح الا بقبول المرأة انتهى والخلاف المشار اليه بقوله والمختار فرع الخلاف الذي قبله لانه في صورة بينهما المهر والقيد وهو قبول المرأة صحيح لا يخالف المنقول عن ابي حنيفة وذلك لان المنقول هو ما اذا جددا وعقدا ثانيا بالكشر وما يفيد اجتماعهما على الامر الثاني وذلك يفيد قولهما الثاني بلا شبهة بخلاف هذه الصورة فان المذكور فيها ان الزوج اقر او شهد ونحوه ومع لا يستلزم ذلك قوله لان المعقود عليه وهو منافع بضعها انما يصير مستوفى بالوطي ولا يجب كمال البدل قبل الاستيفاء ولا يجب كمال المهر قبل قوله ولنا انها سلمت المبدل الذي يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم فقوله اعتبارا بالبيع والاجارة يعني ان الموجب للبدل تسليم المبدل لا حقيقة الاستيفاء المنفعة كالبيع والاجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم اليه وان لم يستوف المشتري والمستأجر منفعة اصلا كذا في المتون فيه يكون تسليم البضع بذلك بل اولى واما قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فالمجاز فيها مستحق لانه انما حمل المس على الوطي كما يقول نحو من اطلاق اسم السبب على المسبب والاوجه انه من اطلاق اسم المطلق على اخص بخصوصه وان حمل على الخلوة كما نقول فمن المسبب على السبب اذ المس مسبب عن الخلوة عادة وكل منهما ممكن وترجح الثاني بموافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امرأة او نظر اليها وجب الصداق دخل بها او لم يدخل رواه الدارقطني والشيخ ابو بكر الرازي في احكامه وقد يقال يجب ان لا يعتبر هنا خلاف الاول مجازا للاجماع على الحقيقة والخلوة لا تصدق على الجماع فلا يكون المس مجازا فيها والا لزم انه لو طلقها وقد وطيها بحضرة الناس وجب نصف المهر لانه طلقها قبل الخلوة وللفرض انها المراد بالمس في النص وهو باطل فلا يحمل على الخلوة ويجاب بان ثبوت الكمال في الصورة بالاجماع للاجماع على ان تسليم المبدل مع ادعاء الاجماع على وجوب كماله بالخلوة كما نقله الشيخ ابو بكر الرازي في احكامه حيث قال هو اتفاق الصدر الاول وحكى الطحاوي فيه اجماع الصحابة وقال ابن المنذر هو قول عمر رضي وعلي وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم اجمعين ويوافقه قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض اوجب جميع المهر بالافضاء وهو الخلوة لانه من الدخول في الفضاء قاله الفراء وح فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذي هو معنى النص مخصوصا اخرج منه الصورة التي اوردناها والدليل على وجوب المخصص الاجماع المذكور ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنا بامرأة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد بالتزويج قبل تمام الزنا والمهر المسمى بالنكاح لان هذا يزيد على الخلوة قوله وان كان احدهما مريضا شروع في بيان موانع صحة الخلوة وعبارة شرح الطحاوي فيه جامعة قال الخلوة الصحيحة ان يخلو بها في مكان يأمن اطلاع الناس عليها كدار وبيت دون الصحراء والطريق الاعظم والسطح الذي ليس على جوانبه ستر وكذا اذا كان الستر رقيقا او قصيرا بحيث لو قام انسان يطلع عليها او ان لا يكون بابه من اعلى حسا او طبعا ولا شرعا انتهى ومن فصل الموانع ذكر منها الرتق والقرن والعقل وان تكون شعراء او صغيرة لا تطيق الجماع او هو صغير لا يقدر عليه قال بعضهم وينبغي ان يجب كمال المهر واذا كان معها ثالث استوى منعه لصحة الخلوة بين ان يكون بصيرا او اعمى يقظان او نائما يانعا او صبيا يعقل لان الاعمى يحس والنائم يستيقظ ويقتاوم فان كان صغيرا لا يعقل او مجنونا او مغمى عليه لا يمنع وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان وزوجته الاخرى مانعة اليه رجع محمد رحمه الله والجواري لا تمنع في جوامع الفقه جارية تمنع بخلاف جارية وفي شرح الجمع في امته روايتان والكلب العقور مانع وغير العقور ان كان لها منع اولا لا يمنع وعندي ان كلبا لا يمنع وان كان عقورا الا ان الكلب قط لا يعتدى

وهذا التفصيل في فرضها واما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء الحيض مانع طبعا وشرعا وان كان حدها صائما تطوعا فلها الفطر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر وفي رواية للشافعي وهذا القول في الحر هو الصحيح وصوم القضاء والنذر والتطوع في رواية كالفرض وفي رواية له كالنفل والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا حاضت المحبوبة ثم اتته طلقها قبلها لما روي عن ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز المريض بخلاف العنين لان الحكم دير على سلامة الآلة وكما يجب نصف المسمى عليها يجب نصف ما سمي لها وان كان المسمى فاسدا وقد تقدم قال عليها العدة وجميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال يحتاط في ايجابه وذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع ان كان الجامع ان كان شرعيا تجب العدة للتيقن بالتمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض الصغير لا تجب لعدم التمكن حقيقة قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا مطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا

على سيده فانه لا يحل من يمينه سيده وعمه ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها الى مكان خال فهي صحيحة ولا تصح الخلوة في المسجد والحمام وقال شداد ان كانت ظلمة شديدة صحت لانها كالستر على قياس قوله تصح على سطح لا ستر له اذا كانت ظلمته شديدة والاوجه ان لا تصح لان المانع الاحساس ولا يختص بالبصر الا ترى الى الاستتباع لوجود الاعمى ولا ابصار للاحساس ولا تصح في بستان ليس له باب وتصح في محل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وان كان معها آلة المجبوب والقيئة كذلك ولو كانا في مخزن من خان ليس كنة الناس فمر والباب ولم يغلق والناس قعود في وسطه غير متر صدين لنظرهما صحت وان كانوا متر صدين لا تصح وهذه الموانع من قبيل الحس ولو دخلت عليه فلم يعبر فيها ثم خرجت او دخل هو عليها ولم يعبر فيها لا تصح عند ابي الليث وتصح عند الفقيه ابي بكر وكذا لو كانت نائمة ولو عبر فيها هو ولم تعبر فيه هي تصح فرعان الاول لو قال ان خلوت بك فانت طالق فخلا بها طلقت ويجب نصف المهر الثاني للزوج ان يدخل خرزة اذا كانت تطيق الجماع بغير تقدير وقد تقدر بالبلوغ وبالتسع واعلم ان اصحابنا اقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطي في حق بعض الاحكام كتأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى في مدة العدة ومراجعات وقت طلاقها ولم يقيموها مقامه في الاحصان فلا يحلها للاول ولا الرجعة والميراث وحرمة البنات يعني اذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعا واذا خلا بامراة ثم طلقها لا تحرم بناتها ولا يرث منها لو مات في العدة للاحتياط الواجب في هذه الاحكام وفي شرح الشافعي وذكر ترويج البنت على عكس هذا ففيه خلاف واما في حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان والاشبه وقوعه لان الاحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب ان يقع احتياطا قوله وهذا التفصيل في مرضها قال الصدر الشهيد هو الصحيح قوله وهذا القول اي رواية المنتقى في حق كمال المهر هو الصحيح دفعا للضرر عنها واما في حق جواز الافطار فالصحيح غيره وهو انه لا يباح الا بعذر وقد قدمنا في كتاب الصوم بحثا ان رواية المنتقى في جواز الافطار بلا عذر ثم وجوب القضاء اقعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المعم هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن ابي حنيفة انه يمنع لانه يمنع الجماع ويجعل احالما فيه من ابطال العمل قوله او دير على سلامة الآلة يعني ان خلوة الخصي صحيحة وهو كذلك بالاتفاق قوله والعدة واجبة في جميع هذه المسائل اي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل نظرا الى التمكن الحقيقي وكذا في المجبوب لقيام احتمال الشغل باسحق ولد ابيه لصلب الولد منه عند ابي سليمان وذكر الترجماني ان علم انه ينزل يثبت وان علم بخلافه فلا وعليها العدة والاول احسن وعلم القاضي بانه ينزل او لا رجا يتفاوز اوتيسيره قال التمرتاشي تكلم مشائخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة انها واجبة ظاهرا وحقيقة فقيل لو تزوجت وهي حقيقة لعدم الدخول حل لها وديانة لا قضاء وقوله والعدة حق الشرع ولذا لو اسقطا لا تسقط لو اسقطا ما له تحل لها وتخرج ولو اذن لها الزوج وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد والولد وحق الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقي ماءه فرع غيره فلا يصدقان في ابطالها باتفاقهما على عدم الوطي بخلاف المهر لانه مال فلا يحتاط في ايجابه غير ان في وجه الاستدلال بالحديث على انها حق الولد تاملا قوله وذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة وكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الشغل وما قاله قال التمرتاشي وقاضيخان ويؤيده ما ذكر العتابي الا ان الاوجه على هذا ان كبر الصغيرة بحيث يتصور الوطء والمرض بالمرض الذي لا يثبت التمكن حقيقة في حكم ما علم ان المراد لوجوب العدة بالخلوة اذا هو في النكاح الصحيح اما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا في كل من العقد سوا استثنا استكمال اما الاول فان المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهرا واخته

وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة لانه ابتداء وجبت صلة من الزوج كنفقة اوحقها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف مهر طريقه المتعة لان الطلاق حقق في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة ولهذا يجب الخوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شئ من المهر وهو غير جبان في الايجاب فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا تزوج الرجل بنته على ان يزوج ابنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي رح يبطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة وهو اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق

في الموهوبة المتعة واجبة لها واما الثاني فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ذكر في المبسوط والمحيط والمختلف والمصران المتعة تستحب لها وهو حسن عن الاول بان الاستحباب مستعمل في اعم من الوجوب يعني انه بالمعنى اللغوي او هو عام مخصوص بالعمومات السابقة وقرينة التخصيص هو تقدم ذكرها وكذا قال وتستحب لكل مطلقة غير تلك وعن الشافعي انه قول القديم وهي تبعة في بعض مشكلات القديم وهي المتعة اربعة اقسام واجبة وهي ما تقدم ذكره وتستحب وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها ان نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة وقيل الصحيح ان ما بينا غير او قع من الكاتب فذكر بعضهم ان في بعض النسخ ولم يسم لها مهرا ونقل في الدراية ضبطه كذلك عن غير واحد قوله وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه وعن احمد رواية كقوله ورواية كقولنا وتقدم تفصيل مالك وجه قول الشافعي انها في المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقا بالنص واما في المدخول بها فلان وجوب المتعة الواجبة في صورة عدم التسمية للايحاش بالطلاق وما سلم لها من المهر ليس في مقابلة البضع فيجب فعلا للايحاش واما التي لم يدخل بها وقد سمى لها فوجوب نصف المهر لها للاثابت بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة نصف ما فرضتم بطريق المتعة اي بطريق ايجاب المتعة في غيرها وهو جبر صنع الايحاش للمهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة اخرى والا تكررت وقوله فسخ مجازا لانه وقع طلاقا حتى انتقص به عدد الطلاق لكنه كالفسخ من حيث انه كان لحالة السابقة على النكاح بسبب العقد وعليه سالما اليها فلا يلزم كون ما ذكره على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لانه فسخ ثم يجب بطريق المتعة خلافا لقول المحققين انه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص وله ايضا قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين خص منها تلك المطلقة بنص نصف ما فرضتم جعله تمام حكمها وبه يحمل قوله تعالى اذا نكحتم المومنات الى قوله فمتعوهن على غير المفروض لها للقطعية ان نصف مهرها بطريق المتعة قوله ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة بكر البلوغ ووقع به السخاء لانها مفوضة نفسها لوليها وللزوج وتحوز تجارتها اي فوضها وليها للزوج وهي التي زوجت بلا مهر مسمى وحاصله منع كون علة الوجوب في الاصل وهي المفوضة الايحاش وابطل مناسبته للعلية آخرا بقوله وهو غير جبان في الايحاش لانه باذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجبا لها من نصف مهر المثل لانه اقرب الى فهم من علم انه تعالى اسقط ما كان واجبا لها ثم اوجب لها شيئا آخر مكانه وعلم ان لا جناية في الطلاق بل قد يكون مستحبا في التي لا تصلى والعاجزة ولا سقوط في المدخول بها مطلقا فلا تجب لانتفاء العلة المساوية ولا نسلم ان ما سلم للمدخول بها في مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها المتصف به المال في قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول غير ان بالدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين اما ان اللام للعهد الذكري في المطلقات التي لم يسم لهن لانهن تقدم ذكرهن بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ثم قال ومتعوهن او يراد بمتعوهن ايجاب نفقة العدة وكسوتها واما غير المدخول بها المسمى لها فمحل الاتفاق وانما اثبتنا الاستحباب في المدخولات لقوله تعالى اسكنوهن واسرحوهن سراحا جميلا وهن مدخولات قوله واذا تزوج الرجل ابنته على ان يزوجه الزوج ابنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فلها صداق مثلها وان قل به لانه لو لم يقل على ان يكون بضع كل صداق للاخرى او معناه بل قال زوجتك ابنتي على ان تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو زاد وقوله على ان يكون بضع بضع صداق ابنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه ابنته ولم يجعلها صداقا كان نكاحها صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف ثم حكم هذا العقد عند ما صحته وفساده التسمية فيجب مهر المثل فقال الشافعي رح يبطل العقد بالمقبول

وان تزوج حر امرأة على خدمته اياها سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وان تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز وفاخذ منه وقال الشافعي له ان تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لانه بذلك تتحقق المعاوضة وصار كما اذا تزوجها على خدمته حرا آخر برضاه وعلى دعوى الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا منافاة فيه وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره

والمعقول اما الاول فلحديث عمر رفعه اخرجه الستة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار وهو ان يزوج الرجل ابنته او اخته من الرجل على ان يزوجه ابنته او اخته وليس بينهما صداق والنهي يقتضي فساد المنهي عنه والفاسد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقا وعندنا صلى الله عليه وسلم قال لا شغار في الاسلام والنفي رفع لوجود وفي الشرع وعرف منه التعدي الى كل ولي يزوج مولية على ان يزوج وليه الآخر مولية كسيد الامة يزوج امته على ان يزوج الآخر مولية كذلك واما الثاني فان كل بضع صداق ومنكوح فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل والاطناب في تقريره مستغنى عنه والجواب عن الاول ان متعلق النهي والنفي مسمى الشغار وما خوذ في مفهومه خلوه عن الصداق وكون البضع صداقا ونحن قائلون بتبقي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا فلا يثبت النكاح كذلك بل يبطله فيبقى نكاحا سمي فيه ما لا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر او خنزير فما هو متعلق النهي لم نثبته وما اثبتناه لم يتعلق به النهي فانتفت العمومات صحة اعني ما يفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية ما لا يصلح مهرا فظهر انا قائلون بموجب المنقول حيث انتفينا وعن الثاني بتسليم بطلان الشركة في هذا الباب ونحن لم نثبته الا شركة دون الاستحقاق وقد ابطلنا كونه صداقا فبطل استحقاق مستحق المهر بقبضه فبقي كله منكوحا في عقد شرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح بخلاف ما لو زوجت نفسها من رجلين فان بطلان الاشتراك فيه لم يستلزم بطلان النكاح وانما استلزامه حكم بموجب التعيين لعدم الاولوية قوله وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة فلها مهر مثلها وقال محمد رح في الجامع لها قيمة خدمته سنة ولم يذكر القدوري خلافا واختلف في قول ابي يوسف فقال الهندواني ينبغي ان يكون مع محمد وقال بعض المشايخ مع ابي حنيفة وهو الاظهر والاعم يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير قوله وقال الشافعي رح لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين اي وهي حرية الزوج وعبديته قوله وكذا المنافع على اصلنا قصر النظر على هذه النكتة يوجب ان لا يصح تسمية شيء من المنافع وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهي مال يقتضي جواز جميع منافع الاعيان ما خلا خدمة الحر ويوافقه عموم مفهوم قوله ولا لذلك الحر وهذا موافق لما في جامع قاضي خان وشرح الكافي لنجم الدين عمر النسفي وما قال في البدائع لو تزوجها على سائر منافع الاعيان سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته وحمل طعامه وزراعة ارضه يعني ان تتزوج هي ارضه ونحوها من منافع الاعيان مدة معلومة صحت التسمية لان هذه المنافع اموال او الحقت بالاموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة وامكان الدفع ثابت بتسليم محالها الذي فيه استخدام المرأة زوجها يفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح وفي النهاية منع ذلك الى المحيط لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته وهذا يشير الى انه لا يخدمها لانه اجنبي فلا يومن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة واما ان يكون مراده اذا كان بغير امر ذلك الحر ولم يجزه وانت اذا تاملت تعليل محمد رح وجوب قيمة الخدمة بان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم للمنافاة وتعليلها ما نفي مالية بعدم استحقاقه في هذا العقد بحال المقيد انه لو استحق تسليمه الحق بالاموال لكن انتفى ذلك لازوم المنافاة لا كما تتوقف في صحة تسمية خدمة حر آخر ثم بعد هذا يجب ان ينظر فان لم يكن بامره ولم يجزه وجب قيمتها وان كان بامره فان كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يومن معها الانكشاف والفتنة وجب ان تمنع وتقطع هي قيمتها او لا تستدعي ذلك وجب تسليمها وان كانت غير معينة بل تتزوجها على منافع ذلك الحر حتى يصير اجيرا لها لانه اجير واحد فان صرفته في الاول فكالاول او في الثاني فكالثاني وقد زال الدم الريب آخر القول بخلاف خدمة حر آخر فانه لا منافاة فالحاصل ان ما هو مال او منفعة يكون تسليمها شرعا يجوز ان تتزوج عليها وما لا يجوز كخدمة الزوج الحر للمنافاة وحر آخر في خدمة تستدعي خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الاجرة على ذلك كالاذان والامامة وارجح وعند الشافعي رح يجوز

انه الاجرة على ما وقع عليه وانما اختلفت الرواية في رعي غنمها وزراعة ارضها للتردد في تحقيقها خدمة وعدمه وكون الاوجه الصحة لقصد ابويها

قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا انما يلزم لو كان الفتح لك البنت دون شعيب وهو منتف قوله بخلاف رعي الاغنام الخ يعني انه لم تحض خدمة لها اذ العادة اشتراك الزوجين في القيام على مصالح مالهما اي يقوم كل بمصالح مال الآخر على انه ممنوع في رواية في الذخيرة بخلاف رعي الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الاصل مالبات وهو الاصح يعني على ان يزرع لها ارضها ويجوز على رواية ابن سماعة لانه ليس من باب الخدمة لما ذكرنا الا يرى ان الابن اذا استاجر اباه للخدمة لا تجوز ولو استاجره للرعي والزراعة صح انتهى فروع واذا اعتق امته وجعل عتقها صداقها كان يقول اعتقتك على ان تتزوجني لنفسك بعوض العتق فقبلت صح العتق ورجي بالخيار في تزوجه فان تزوجه فلها مهر مثلها خلافا لابي يوسف له الحديث الصحيح انه صلى الله عليه وسلم تزوج صفية وجعل عتقها صداقها قلنا نص كتاب الله تعالى بين الماء فانه بعد عد المحرمات احل ما وراءهن مقيدا بالابتغاء بالمال قال الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين الآية وقول الراوي ذلك كناية عن عدم المهر يعني اعتقها وتزوجها ولم يكن شيء غير العتق والتزوج بلا مهر جائز للنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره وغايته ما فيه ان ما ذكرناه محتمل لفظ الراوي فيجب حمله عليه دفعا للتعارض بينه وبين الكتاب وان ثبت ان تزوجه الزنا بيقينها ولو كانت الجارية ام ولد فاعتقها على ذلك فابت قال ابو حنيفة رح لا تجب عليها قيمتها لان رقها غير متقوم عنده ولو قالت بعدها اعتقتك على ان تتزوجني بالف او على ان تعطيني الف فقبل عتق فان ابى تزوجها فعليه قيمة نفسه وان تزوجها بالف تسلم الالف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها فما اصاب الرقبة قيمته وما اصاب المهر فمهر ها يتنصف بالطلاق قبل الدخول قوله فان تزوجها على الف وحاصل وجوبها اذا تزوجها على مسمى فاما من الدراهم او الدنانير او المكيل او الموزون غير المعين بخلاف المعين منها فانه كالعرض واما من العروض والحيوان معينا او في الذمة ففي الاول ان وهبت الكل او نصفه بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه اتفاقا او قبله لم يرجع بشيء خلافا لزفر او بعد قبض نصفه لم يرجع بشيء خلافا لهما وقالا يرجع بنصف المقبوض كائنا ما كان من النصف حتى لو كانت وهبة اقل من النصف وقبضت الباقي رجع عليها بنصف المقبوض وعنده يرجع الى تمام نصف الصداق وفي الثاني لا يرجع بشيء ملاقبضت او لم تقبض واوجب زفر رجوعه بنصف قيمة العرض وجه الاتفاقية في الاول ان المقبوض ليس نفس المهر لانه وصف في الذمة بل مثل يقع به المقاصة فظهر ان اوانس اليه غير مستحقة بالطلاق اعني نصف المهر الا يرى ان لها ان تمسك ما اخذته منه وتعطيه غيره اذا طلقها قبل الدخول بعد القبض وتقرير المعنى ظاهر الى ان الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست الا معينة ويدل على انها ليست عين الواجب كونها لها ان تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق وجه قول زفر رح في ثاني شقي الاول ان الواصل اليه وان كان نفس الدين لكن وصل اليه بسبب غير الطلاق وهو الابراء وهو مسبب عن الابراء وغير مسبب عن الطلاق لما عرف من ان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف المسببات شرعا اصله حديث لحم بريرة فبواسطة لزوم الاختلاف شرعا لم يصل اليه عين ما يستحقه فصارت كالاولى وجه الاستحسان ان المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالابراء فحين ثبت الطلاق لم يؤثر شيئا لعدم مصادفته مشغول الذمة بالمهر وهو محل اثره لانه انما يؤثر في شغل الذمة بالاسقاط فلو اوجب شيئا آخر كما قال ان يرجع عليها بخمسمائة عين لكان ذلك غير موجب شيء عين مجلد وصار كمن عليه الدين الموجل اذا اعتقه ثم حل الاجل لا يجب شيء آخر واذا تأملت هذا التقرير سقط عنك ما تكلف في دفع لزوم اختلاف المسبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالاعيان لانها تقبل التغير بخلاف الاوصاف كالدين فيما نحن فيه حيث لا يقبل ذلك

بخلاف ما اذا كان المقبوض دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل

لاستحالة قيام العين بالصفة وهو وقع فاسد لان ثبوت التغير شرعا لا يتوقف على ذلك انما هو اعتبار شرعي وقيام العين بالصفة مفض الاختصاص الناعت ليس محالا على ما عرف في التحقيقات الكلامية ثم يمكن جعل قوله في الكتاب انه وصل اليه عين ما استحقه وهو مراد فوسمه عن نصف المهر الى عليه اي عين ما استحقه ذاتا لا من حيث بسبب الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقا فانه لم يؤثر شياع وجه قولها في قبض النصف الحاق البعض بالكل وهو قول الشافعي في الاصح يعني لو قبضت الكل ثم وهبته لزوجها بنصفه ولا يخفى ان الملازمة تحكم فان رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل ولا البعض بل لانه لم يصل اليه عين ما استحقه بالطلاق وهذا الملازمة تنتف في صورة قبض النصف بناء على ان الطلاق قبل الدخول اعادة نصف العقد الى قديم ملك الزوج فيظهر ان الصداق الدين بذلك مشتركا بينهما يعني تبين ذلك والافحال البتة كان كله ملكها ظاهرا فاذا قبضت النصف انصرف الى حقها المكمل وموزون بين اثنين وهو في يد صاحبه قبض صاحبه لنصفه كان المقبوض حقه فاذا ابرأته بعد ما قبضت النصف من الباقي او الكل كان الواصل اليها عين ما استحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه فظهر ان اخاهما البعض بالكل بوصف طردي غير مؤثر وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب وقوله والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح يعني اذا حطت حتى بقي اقل من عشرة صح ولا يستحق غيره وتسمية ما دون العشرة في اصل العقد لا تصح وتقييده بالنكاح لانه يلتحق في البيع باصل العقد ووجه الفرق ان البيع عقد معاوضة ومبادلة مال بمال والمرابحة تقع الخاتمة الى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط لقصد دفعه فالتحق باصل العقد ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه وقوله الا ترى ان الزيادة فيه لا تلحق حتى لا تتنصف استيضاح لعدم الالتحاق وهو مشكل فان عدم التحاق الزيادة باصل العقد هو الذي يقول المانعون لما لو صحت كان بدلها عوضا عن بضع فاذا لم يلتحق بقي ابطالهم بلا جواب فالحق انها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ وانما لا تتنصف دون الانصاف خاص بالمفروض في نفس العقد حقيقة بالنص المقيد بالعادة المنصرف اليها على ما مر وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل لحقت به وان وجه الحاقها بالبيع وهو انه قد يكون خاسرا او زائدا معرضا بالمشتري فيسرد الى العدل يجري في النكاح وخسرانه ان ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة اليه فان تزوجها مع نقصها عن مهر مثل اخواتها مثلا يعقبه الندم لها وزيادته يعقبه زوجه قول زفر رحمه في العرض المعين وهو احد قولي الشافعي في الجديد واختاره اكثر اصحابه ان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره من ان السالم بالهبة غير مستحقة بالطلاق لاختلاف السبب فترتب على الطلاق تعضيد ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه كما لو تزوج على عبد الغير فابى سيده وجه الاستحسان ان الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك اليه فلم يعاوض الطلاق ما كان شاغلا لذمتها ليوشر وجوب تقريرها منه عليها على نحوه ما سلكت في التقرير السابق وحمل كلام الكتاب بها عليه اسهل مما تقدم قوله بخلاف ما اذا كان المقبوض دينا اي دراهم ونحوها فان الواصل اليه ليس عين ما استحقه لعدم تعينها وبخلاف ما اذا باعت من وجهها العرض المذكور فانه وان وصل اليه عين ما استحقه لكنه ببدل والسالم ببدل بمنزلة ذلك البدل نفسه الذي كان في ملكه وكانه لم يصل اليه شيء ولو كان العرض او الحيوان في الذمة فكذلك الجواب اي لا يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض اما اذا لم تقبض فتقريره تقريره دينا واما ان قبضه ثم وهبته فلان المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لها ان تمسكه وتدفع غيره بخلاف المقبوض من الدراهم وانما وقعت غرة المنارة لان الاصل ان لا يثبت العرض في الذمة للجهالة ولذا لا يثبت في المعاوضات المحضة كالشراء ولكنها تحملت في النكاح لجري التسامل في العوض فيه لانه غير المقصود منه فاذا عين بالتسليم يصير كان العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه اذا استحق كما لو كان معينا في الابتداء يعطى حكمه يأتي خلاف زفر رد في هذه ايضا لما عرف من اصله وهو اشتراط وصوله اليه من الجهة المستحقة وقد ذكر في النهاية قال زفر في الدراهم

ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد

والدنانير المعينة لايرجع اليها بناء على اصله في تعينها استبعدت صحته عنه لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة الا ان تكون روايتان فيما يتعين واذ قد انجر الكلام الى شئ مما يتعلق باسهار العرض المعين فهذه فوائد يتعلق به كلها من المبسوط فنقول لا يثبت فيه خيار الرؤية فلو تزوجها على شئ بعينه لم تره فاتاها به ليس لها رده ويثبت فيه خيار العيب فلها رده اذا كان العيب فاحشا وهو ما ينقص عن القيمة قدرا لا يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف العيب اليسير اما خيار الرؤية فلعدم الفائدة في اثباته اذ الفائدة في اثباته التمكن من اعادة العوض الذي قوبل بالمسمى كالمرأة في النكاح وهذا يحصل بالبيع لانه ينفسخ بالرد بخلاف النكاح لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولا ترد المرأة بل غاية ما يجب رد المسمى فيه قيمته والقيمة ايضا غير مرئية واما خيار العيب فلثبوت فائدته وهي الرجوع بقيمته صحيحا لان السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له صحيحا ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم المعين كما التزم فيجب قيمته كالعبد المنصوب اذا ابق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل تجب مثله ان كان مثليا والا فقيمته وكذا لو استحق بهذا اذا كان العيب قائما وقت العقد فان تعيب في يد الزوج قبل التسليم ليسير افليس لها غيره وعن قرره لها الخيار او فاحشا فاما بفعل الزوج فلها الخيار ان تضمنه قيمته يوم تزوجها او تاخذه ويضمن الزوج النقصان لانه اتلف جزءا من الصداق ولو اتلفه ضمنه فاذا اتلف بعضه لزمه قدره وعن ابي حنيفة رحمه الله اذا اختارا خذه لا تضمنه النقصان واما بآفة سماوية فلها هذا الخيار غير انها لا تضمنه النقصان اذا اختارت اخذه واما بفعل الصداق نفسه ففي ظاهر الرواية هو كالعيب السماوي لانه فعله بنفسه هذا وعن ابي حنيفة انه كتعيب الزوج واما بفعلها فكتعيبها له كله واما بفعل اجنبي فيجب ضمان النقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتخيير بين ان تاخذه وتضمن الجاني نقصانه او تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجاني وليس لها ان تاخذ العين وتضمن الزوج النقصان لانه لا صنع منه بذا كله اذا دخل بها او مات عنها فان طلقها قبل الدخول فهو في حق النصف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول فلو تعيب في يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول ففي السماوي ان شاء ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضه ليتعذر رد ما اياه كما قبضته وان شاء اخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان وفي التعيب بفعل الصداق كالسماوي كذا بفعلها لانه صار ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقصان عليها واذا كان بفعل اجنبي فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لانه بدل جزء من العين فيمنع تنصف الاصل في الملك واما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضته وكذا ان تعيب بفعل الزوج لان الزوج بعد تسليمه كالاجنبي في ايجاب الارش وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق فلو كان انما تعيب في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول كان للزوج ان ياخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب قد انعقد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها او بفعل امر سماوي لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان بفعل اجنبي فالارش كالزيادة المنفصلة وقد ذكرنا حكمها وقع في مختصر الحاكم ابي الفضل ان التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء قال شمس الائمة في المبسوط وهو غلط بل الصحيح في كل فصل ما ذكرنا فلو كان المهر جارية فلم تقبضها حتى وطيها الزوج فجاءت بولد فادعاه لم يثبت نسبه لان الاستيلاد في ملك المرأة غير صحيح الا ان الحد يسقط عنه للشبهة لان الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع في يد البائع وعليه العقر وهذا العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطي في حكم جزء من العين والعقر بدله فاذا طلقها قبل الدخول تنصف لكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية ام ولد للزوج لعدم

وهذا لان الجهالة تحصل في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه

ثبوت نسب ولدها منه ولكن يتبع نصف الولد على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيتبع عليه للجزئية ويسعى للمرأة في نصف قيمته ولا يضمن الزوج شيئا منها لانه لم يصنع في الولد شيئا انما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لاحتباس الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يتبع عليه حكما للملك وان مات الجارية عند المرأة او قتلت ثم طلقها قبل الدخول فلا رجوع عليها بنصف القيمة يوم قبضت لانه تقرر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمنه شيئا وقد تأخر الكلام في الزيادة في المهر فلنستوف فيه وحاصله من المبسوط ان الزيادة قبل قبضه متصلة كالسمن والجلاء بياض العين ومنفصلة متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة وذلك كله يسلم لها اذا دخل بها او مات عنها لانه يملك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة فاما اذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة او متصلة تنصف بالطلاق مع الاصل لانه في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هناك كالموجود وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض واما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تنصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها في قول ابي حنيفة وقولها تنصف مع الاصل وكذا الوجارت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى تطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يرد الكسب مع الاصل وكذا البيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يتبع لها ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون كالولد فكما لا يسلم لها اذا ابطل ملكها عن الاصل فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل لانفساخ لسبب فيه والزيادة انما تملك بملك الاصل متولدة كانت او لا فاذا انفسخ سبب الملك في الاصل لا يبقى سببا لملك الزيادة وحقيقة الوجه لابي حنيفة رحمه الله ان سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الاصل بل ملك الاصل يصير شرطا فسبب ملك الاصل مثلا قبول عقد النكاح وفي الزيادة الاكتساب لملك كسب وهو اما احتطاب الحبل او اجارة نفسه او قبوله الهبة وهذه الاسباب لا تنفسخ بالطلاق خيرا ان المكتسب اذا لم يكن اهلا للملك خلفه فيه مولاه بذلك السبب لو صلة الملك بينهما وقت الاكتساب ويبطلان ملكه في الاصل لا يتبين انه لم يخلفه في الملك بذلك السبب فليس الكسب كالزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الاصل يسري اليه ملك الاصل لا ان يكون مملوكا بسبب حادث الا يرى ان ولد المكاتبة يكون مكاتبا وكسبها لا يكون مكاتبا وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصته من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعا ولا يقابله شيء من الثمن وان قبض مع الاصل ولو قبضت الاصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها تنصف الاصل والزيادة لان حكم التنصف عند الطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول فاما ان تكون غير متولدة او متولدة من الغير وهي اما منفصلة او متصلة فان كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها ورد نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها وان الزمها رد الاصل او بعضه كالمبيع اذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الاصل بعيب يبقى الكسب سالما له وبهذا قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق في ضمانها فتسلم منفعته والكسب بدل المنفعة وان كانت متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليه اذا جاءت الفرقة من قبلها وانما للزوج في الطلاق نصف قيمة الاصل وفي ردتها جميع قيمته يوم قبض اليها في ظاهر المذهب وعلى قول زفر رحمه الله تنصف الاصل مع الزيادة في الطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها لان بقبضها لا يتأكد ملكها ما لم يدخل بها بل قوبه عود النصف الى الزوج بالطلاق والكل

إذا أمرها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى فإن وفى بالشرط فلها المسمى لأنه صلح أو قد رضاها به

فإذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسري ذلك الحق إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا إذا قبضها المشتري فإن زادت زيادة منفصلة فإن الباعة يسترد ويا بزيادته وهو رواية ابن سماعة عن أبي يوسف تفصيلا قال في الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الأصل وعند زفر تهما يسترد منها الأصل مع الزيادة لأن الردة تفسخ السبب من الأصل فيكون الرد بحكم الفساخ السبب بمنزلة الرد لفساد البيع ففيه ثبت الرد في الأصل والزيادة أما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الأصل فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده ويتعذر نصف الزيادة يتعذر نصف الأصل وجه ظاهر الرواية أنها ملك بالصداق بالعقد وتم ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها والتنصيف عند الطلاق إنما ثبت في المفروض في العقد وليت الزيادة مسماة فيه ولا حكما إذ لم يرد القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصفها وهي جزء من العين فيتعذر تنصفها فيتعذر تنصف العين كالزيادة المنفصلة في البيع تمنع رد الأصل بالعيب إذا كانت حادثة بعد القبض بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فإنه لا يمنع الواهب من الرجوع في الأصل لأن الهبة عقد تبرع فإذا رجع في الأصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض فكان الأصل سالما للغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة أيضا بغير عوض فأما البيع والنكاح فمعاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو اثبتنا الرد في الأصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض وهي جزء من الأصل ولا يجوز أن يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة وإذا تعذر تنصف الأصل وجب عليها نصف قيمته للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه ولما كان الصداق انما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض فإن كانت متصلة كالثوب والجمال والجارية البياض فطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذه الزيادة المنفصلة تسوا انما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضته وعند محمد وزفر رحمهما الله يتنصف الأصل بزيادته لأن النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات كما لو اشترى جارية بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعيب فإنه يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لأن المتصلة كزيادة السعر ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة السعر فكذا في الصداق بخلاف الموهوبة فإن الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لأن الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى يسري إلى الزيادة وإذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الأصل لأنه لا ينفصل عنها بخلاف قبضها الصداق فإنه قبض ضمان بحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج في الأصل فيسري إلى الزيادة كالبيع ولهما أن هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح لها فيكون سالما لها بكل حال كالمنفصلة وإذا تعذر تنصف الزيادة تعذر تنصف الأصل لما قال محمد رحمه الله والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من وجه لأنها تملكه لا عوضا عن مال كالمتصلة في الصلات تمنع رد الأصل كالموهوب وتأثير المتصلة في الصلات أكثر من المنفصلة حتى أن المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الأصل فالمتصلة أولى أن تمنع فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد من الأصل كالمنفصلة وما ذكر في الماذون فهو قول محمد وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالاتفاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالمنفصلة وأما إذا كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول فإنه يتنصف الأصل مع الزيادة لأن بالطلاق صار رد الأصل مستحقا عليها فيسري ذلك إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق قوله وإذا تزوجها الخ للمسألة صورتان الأولى أن يسمي لها مهرا ويشترط لها منافعه فقط كأن لا يخرجها من البلد ولا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو يطلق ضرتها والثانية أن يسمي لها مهرا على

وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى لها تاميه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة في الهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر رحمه الله الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الف ولا يزاد على الفين اصل المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه ان شاء الله

تقدير وآخر على تقدير آخر اما الاولى فحكمها ظاهر في الكتاب وهو انه ان وفى لها فليس لها الا المسمى والا فلها مهر مثلها فلو كان مهر مثلها قدر المسمى او اقل لا تستحق شيئا آخر وقال زفر ان كان ما تمم الى المسمى بالاكا للهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته والا فليس الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذا بمنع التسليم اذا شرط لها في العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لا يتقوم فلا يلزم وقال الامام احمد رحمه الله واذا فات ثبت لها الخيار في الفسخ لانها لم تتزوجه الا على ملك المرغوب فيه فصار كما اذا باع عبدا على انه خباز فكاتب وهو بخلافه ولقوله صلى الله عليه وسلم حق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج وجواب زفر ان ايجاب التسليم ليس للتقوم في المضمون بل لعدم رضاها بالالف الا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيه مهر المثل وجواب الثاني ان ذلك في الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا وهذه الشروط تمنع التزوج والتسري لوجوب الجري على موجبها فكانت باطلة فلا يوثر عدمها في خيار الفسخ بل ان وفى تمت التسمية لرضاها بها والا اتم لعدم الرضا وفسد العقد ليس لازما لعدم التسمية ولا لعدم مهر اساسا اذ ليس ذكرها من الاركان ولا الشروط بخلاف البيع فان قيل ما استدللتم به لا يمس محل النزاع لان مقتضى الشرط المذكور ان لا يتزوج ما دامت تحته مختارا لعدم دخول خيار الفسخ في يدها وان عدم التزوج مختار الامر من تحريمه شرطا فالجواب ان الشرط الحرم للحلال بعد ما حكم بكونه باطلا لا يتصور الا على ارادة كونه شرط ترك الحلال او فعل الحرام اذ لو اصل حقيقته بان ثبت به حكم الحل شرعا لم يكن باطلا واذا عارضه وجب حمل الاحقيقة المذكورة فيجاز وى على ما من الحق في نفسه وهو المراد به ضد الباطل وهو اعم من الوجوب صادق عليه وعلى الجائز والمندوب لما يخص الواجب عينا بقي ان يقال اذا ظهر عدم رضاها بالالف لم يلزم كونه نكاحا بلا تسمية والا نظير للقطع بانها ليست مفوضة بل اذا رضيت بتسمية صحيحة معينة وقد قالوا اذا سمى للبكر عند استيذانه مهرا فسكتت لا يكون رضا حتى يكون المهر واقرارا ولا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهي مصرحة بنفيه وكون مهر مثلها اصلا لا يستلزم صحة النكاح به ما لم تكن مفوضة او تصرح بالرضا به والا فقد لا ترضى بمهر المثل تسمية فلا ينفذ النكاح عليها به فيجب ان تختار كما اذا زوجت نفسها من غير كفوء فانه ينعقد ثم يثبت للولي خيار الفسخ واما ما ذكر من حمل لفظ احق في الحديث على ما ذكر فبلا موجب لان ذلك الموجب وهو تحريم الحلال منتف لانه لا يحرم التسري بهذا الشرط بل هو امتنع منه بالتزامه مختارا الاحب الامرين اليه وهو صحبة الزوجة ولهذا لو تسرى لا يقول فعل محرما وهو اولى في من امتناعه عن بعض المباحات بحلفه لا يفعله واما الثانية فكان يتزوجها على الف ان اقام بها او ان لا يتسرى وان لا يطلق ضرتها او ان كانت مولاة او ان كانت اعجمية او ثيبا او على الفين ان كان اضدادها فان وفى بالاول او كانت اعجمية ونحوه فلها الالف والا فمهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الف عند ابي حنيفة وكذا ان قدم شرط الالفين يصح المذكور عندهم حتى لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى ولا بناء على انه لا خطر فيها وكذا في المسئلة الاولى لان بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط وقالا الشرطان جائزان فلها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص عن الالف ولا يزاد على الفين وجه قول ابي حنيفة انه لا خطر في التسمية الاولى بل هي منجزة بخلاف الثانية فهي معلقة فاذا وجد شرطها بان اخرجها مثلا ثبت لها ذلك المسمى وقد كان ذلك المسمى ثابتا لان المنجز لا يعدم بوجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة ووجه قولهما انهما معلقان فلا يوجد في تقدير سوى مسمى واحد ووجه قول زفر رحمه الله ان التعليق اصلا بل هما منجزان لان ما يضم مع المال انما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتمعا فسد للجهالة واصلها في الاجارات وستزداد هناك وضوحا ان شاء الله تعالى واعلم انه نقل عن الدبوسي لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة والفين ان كانت

فلو تزوجها على هذا العبد وعلى هذا العبد فاذا احدهما اوكس والآخر ارفع فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل التقدير الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل التقدير لما قلنا ولابي حنيفة رحمه الله ان الموجب الاصلي هو مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسد لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب

والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف لا ولس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية وله الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رض مضمون هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا يجوز التسمية ويجب مهر المثل قال الشافعي رح يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير

اعدل انه هو قيمته البضع لانه متقوم بحالة الدخول بخلاف المسمى فانه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل عنه اليه الا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة باد خال كلمة او وعندهما الواجب الاصلي المسمى فلا يعدل عنه الى مهر المثل الا اذا فسدت من كل وجه وهو منتف اذ يمكن ايجاب الاوكس لانه متيقن قياسا على ما لو خالعها على هذا العبد او هذا فانه يجب الاوكس فيهما اتفاقا وهذا ان كان منقولا عنهم فلا كلام فيه وان كان تخريجا فلنا يلزم بجواز ان يتفقوا على ان الاصل مهر المثل ثم يختلفوا في فساد التسمية في هذه المسئلة فعنده فسدت لادخال او تصير الى مهر المثل وعندهما لم تفسد لان التسمية وقعت لما تعاوضت ورضيت هي بما سماها كان قد رضيت بالاوكس قطعا دون الارفع اذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالاوكس واذا تعين بالمسمى صار الى مهر المثل لان المصير اليه حكم عقد التسمية فيه صحيحة وصار كالخلع على الف او الفين والاحتمال بان قال اعتقتك على هذا العبد او هذا وقيل فانه يجب الاوكس فيهما وهو الفرق بان تعيين الاوكس في يمين ضرورة ان لا موجب فيما في حق البدل وانما يجب فيهما بالتسمية وان لم يلتزما كلاهما بالكلية ولا ضرورة هنا لان النكاح موجبا اصليا فاذا لم يتعين احدهما رد وفيه لا يلزم الا قل اذ ليس ان يتمسك بمهر المثل هنا بخلاف ما لو خير ها بان قال على انها بالخيار ايهما شاءت او على اني بالخيار اعطيك ايهما شئت فانه يقع كذلك اتفاقا لانتفاء المنازعة اما ثم فيه فلانها لو اردت اخذ الارفع فامتنع تحققت المنازعة اذ ليس الرجوع الى قول احدهما بالاولى من الاخر بخلاف التخيير اذ من له الخيار يستبد بالتعيين وصار كبيع احد العبدين لا يجوز ولو سمى لكل ثمنا وجعل خيار التعيين لاحدهما جاز بخلاف ما لو اقر بالف والفين حيث يتعين له الالف لانه لم يوقع ذلك في انشاء معاوضة بل ذكر ان ذمته مشغولة باحد المالين والاصل براءة الذمة وهو في شك من اشتغالها بالفين لم يجزم بهما فلا تلزمانه بخلاف الالف فانه لم يشك فيهما ولو تزوجها على الف حالة او موجلة الى سنة ومهر مثلها الف او اكثر فلها الحالة والا فالموجلة لانها اقل ولو على الف حالة او الفين الى سنة ومهر مثلها كالاكثر فالخيار لها وان كان كالاقل فله وان كان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار له لوجوب الاقل عليه قوله والواجب في الطلاق قبل الدخول الخ وعلى هذا لو كانت المتعة زائدة على نصف الاوكس تحكم صرح به في الدراية فالحكم في الطلاق قبل الدخول التحقيق ليس الا متعة مثلها قوله واذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان فاذا كان عرضا او حيوانا قائما معينين كهذا العبد او الفرس او الدار فقبضت الملك بمجرد القبول فيه لهما ان كان مملوكا له وكذا لو لم يكن مشارا اليه الا انه اضافه الى نفسه كعبدي والا فلها ان تاخذه بشرائه لها فان عجز عن شرائه لزمه قيمته ولو استحق نصف الدار خيرت في النصف الباقي في يدها ان شاءت رده بالعيب الفاحش وهو التنقيص في الاملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار وان شاءت امسكته ورجعت بقيمة نصفها ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذي في يدها خاصة ولو ولدت الامة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا يكون حاله على من حال ولد المغصوبة ولكن لها الامة ان دخل بها ولا خيار لها ان كان نقصان الولادة يسيرا وان كان فاحشا فلها ان شاءت اخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئا وان شاءت اخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لان نقصان الولادة كالعيب السماوي وقد كان الولد جابرا لذلك النقصان فاما اذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره وقد بنينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوي بهذه الصفة ولو كان الزوج قبله ضمن قيمته لانه اتلف امانة في يده فان كان في قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وان لم يكن اجاب في كافي الحاكم بان عليه تمام ذلك قال شمس الائمة وهو غلط فقد بينا في الابتداء ان الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد كذا لا يضمن ما زاد على قيمته من قدر النقصان ولكن ان كان يسيرا فلا خيار لها وان كان فاحشا فلها الخيار كما قلنا ولا اشكال في الجواب المبين في ثبوت الصفة غير انه اذا رد فقال هذا الثوب هروي ولم يكن هرويا فليس لها غيره وعلى قول ابي يوسف لها قيمة ثوب هروي وسط وعلى قول

وشرطنا ان يكون المسمى مالا ووسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردى والوسط هو الوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا واسطة لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل التسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل معناه انه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس لان الثياب اجناس ولو سمى جنسا بان قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج سالبينا ولكن اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا او سمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منها ثبت في الذمة ثبوتا صحيحا

زفر لها الخيار بين ان تاخذ او تطلب قيمة الهروي الوسط لانها وجدته على خلاف شرطه ولكنا نقول المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار اليه وسنقرره انشاء الله تعالى واما غير معين فلا يخ ان يكون مكيلا او موزونا او غيرهما ففي غيرهما ان لم يعين الجنس بان قال حيوان ثوب دار لم تصح ويجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لانه انما يتحقق في الاقران والمماثلة وذلك باتحاد النوع بخلاف الحيوان الذي تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذي تحته القطن والكتان والحرير واختلاف الصنعة ايضا والدار الذي تحتها مختلف اختلافا فاحشا بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة افحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل اولى وان عينه بان قال عبدا او فرس حمار بيت صحت التسمية وان لم يصفه وينصرف الى بيت وسط من ذلك كذا بقيها وهذا في عرفهم اما البيت في عرفنا فليس خاصا بما يبات فيه بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغي ان يجب بتسمية مهر المثل كالدار وتجبر على قبول قيمته لو اتاها بها وبقولنا قال مالك واحمد خلافا للشافعي له ان عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع ولنا انه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت في ذلك بالذمة اصالة ايجاب الشرع مائة من الابل في الدية وفي الجنين غرة عبدا او امة في الذمة وليس فيها معلوم الا الوسط من الاسنان لخاصة وبهذا الشرع عدم جريان المشاحة في ذلك حيث لم يقابلها مال فلا يفضي جهالة الوصف فيه الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الا يرى ان الشرع اوجب مهر المثل مع جهالة وصفه وقدره في بعض الصور بان لم يكن من قاربها من تزوج وعلم لها مهر فانه يحتاج الى التقويم والتخمين بل جهالة مهر المثل فوق جهالة العبد لان جهالة في الصفة وجهالة مهر المثل جهالة جنس فتصح التسمية اولى قوله وشرطنا ان يكون الخ جواب سوال تقديره لما شابه النكاح الاقرار في كونه التزاما مالي ابتداء ينبغي ان يصح تسمية حيوان كما يصح الاقرار بشئ ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به مالا له وسط وطرفان فقال شرطنا ذلك رعاية بجانبي المرأة والزوج لان جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفي الجهالة اصلا لكن لما كان المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع انه المورد الشرعي اعني ايجاب الشرعي الوسط في حيوان الزكوة رعاية بجانبي الفقراء وارباب الاموال وكذا ما ذكرناه من الدية والغرة ولا يتعدى الاحكم الاصل ولو اسقط قوله فجعلناه التزام المال ابتداء واكتفى بالالحاق بالدية والغرة ومهر المثل استغنى عن هذا السوال وجوابه قوله وانما تخير الزوج جواب عن مقدر هو انما ذكرتم يقتضي وجوب الوسط والحكم عندكم وجوب احد الامرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها اجاب بان كان الوسط لا يعرف الا بتقويمه صارت القيمة اصلا مزاحما للمسمى كانها هو فهي اصل من وجه فتخير على قبولها ان اتاها به وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال اذا كان الحكم ذلك فصار كانه تزوجها على عبد او قيمته وفيه يجب مهر المثل لان هذا التقرير انما افاد ان الاصل العبد عينا ثم القيمة مخلص الا يرى الى التشبيه في قولنا كانها هو وفي المبسوط بعد ان قال لكون المهر عوضا اعتبر صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه مالا يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام قال ولهذا لو اتاها بالقيمة اجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين هذا واعتبر القيمة بقدر الغلاء والرخص ويختلف ذلك بحسب الاوقات وهو الصحيح وانما قدر ابو حنيفة في السود باربعين دينارا وفي البيض بخمسين لما كان في زمانه قوله وان تزوجها على ثوب الخ تقدم الكلام فيه قوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب بان ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقعته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من انها تجبر على اخذ القيمة كما على اخذ الثوب وجه ظاهر الرواية احترازا عما عن ابي حنيفة ح يجبر الزوج على عين الوسط وهو قول زفر وعما عن ابي يوسف ره انه ان ذكر الاجل مع ذلك تعين الثوب لان موصوفه اذا كان موجلا ثبت في الذمة ثبوتا صحيحا في السلم وان لم يوجل تخير الزوج وعبارته في المبسوط

فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها كان شرط قبول الخمر شرطا فاسدا فيعدم النكاح وملغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امراة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عندا بي حنيفة رح وقالا لها مثل دنه خلا

فان عين صفة الثوب فعلى قول زفر لا تجب على القيمة اذا اتاما بها وعلى قول ابي يوسف ان ذكر الاجل اخذ وان ذكر ادين قال وزفر يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لانه بالمبالغة في ذكر صفته يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه واشتراط الاجل انما هو لتمكن من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا في الذمة فاستوى ذكر الاجل وعدمه واجاب بان قال لكنا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز الا موجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا ان الثياب لا تثبت دينا ثبوتا صحيحا الا موجلا انتهى وظاهر ترجيح قول ابي يوسف رح وقد يقال بل حاصل الصورة بسلم العبد راس ماله والثياب الموجلة المسلم فيه ولا يخفى ترجح قول زفر فلم يندفع قولهما ان اشتراط الاجل ليس من حكم ثبوته في الذمة ثبوتا ظاهرا اما المكيل والموزون فان سمى جنسه كعلى اردب قمح شعير دون صفته فكثيره من ثبوته واجبارها على قبول القيمة ان وصفه بجيدة خالية من الشعير صعيدية او بحيرية لا يخير الزوج بل يتعين المسمى لان الموصوف منها يثبت في الذمة صحيحا حالا كالقرض موجلا كما في السلم وعن ابي حنيفة رح لا تجبر على القيمة فيما اذا لم يسم الصفة ايضا لان صحة التسمية انما يوجب الوسط مخيرا بينه وبين القيمة كما في الفرس والعبد لا تعين الوسط

قوله فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها وبه قال الثلثة وقالوا في رواية عن كل منهم يفسد النكاح لانتفاء العوض اذ المسمى منع عوضا آخر وهو ممتنع التسليم في حق المسلم قلنا امتناع التسليم لا يفيد على فساد التسمية وفساد ما لا يزيد على اعتبارها حد ما مع اشتراط قبوله والنكاح لا يفسد بعدم التسمية وانما بالشرط الفاسد بخلاف البيع يفسد بالاول لانه ركنه وبالثاني لان الشرط الفاسد يضيره وهو الان الشرط زيادة خالية عن العوض في احد الجانبين ولا ربوا في النكاح قوله فان تزوج امراة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر او على هذا العبد فاذا هو حر فعند ابي حنيفة رح لها مهر مثلها فيهما وقال ابو يوسف رح لها مثل وزن الخمر خلا وقيمة الحر المشار اليه لو كان عبدا وقال محمد رح يقول ابي حنيفة رح في الحر ويقول ابي يوسف رح في الخمر وذكر الحاكم ان قول ابي يوسف الاول كقولهما وظاهر كلام الهداية في التعليلات يقتضي افتراقهم في مباني الخلاف لانه خص ابا يوسف بما حاصله لهما ما لا وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلي والعبد قيمي والخمر مثلي ثم قال ابو حنيفة رح يقول لما اجتمعت الخ والتحقيق انه لا خلاف بينهم فيما يظهر في الايضاح لا خلاف بينهم ان المعتبر المشار اليه ان كان المسمى من جنسه وان كان من خلاف جنسه فالمسمى في اشارات الاسرار قال هذا الخلاف ينشاء من اصل مجمع عليه الخ معنى ما ذكرنا وما نذكر ولان هذا الاصل متفق عليه في البيوع والاجارات وسائر العقود وتفصيله من الكافي قال هذه المسائل مبنية على اصل وهو ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعا والمشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لانها تعرف لماهيته والاشارة تعرف الصورة وكان اعتبار التسمية اولى لان المعاني احق بالاعتبار وان كان المشار اليه من جنس المسمى لانها اختلفا وصفا فالعبرة للاشارة لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه اي يتبع الذات لا يرى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس ولو اشتراه على انه احمر فاذا هو اخضر ينعقد لاتحاده والشان في التخريج على هذا الاصل فابو يوسف رح يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لان احدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا فالحكم بالمسمى وكان الاشارة تبين وصفه كانه قال عبد كهذا الحر خل كهذا الخمر ومحمد يقول العبد مع الحر جنس واحد اذ معنى الذات لا يفترق فيهما فان منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنسا واحدا فالعبرة للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا فوجب مهر المثل واما الخل مع الخمر فجنسان اذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل فالحكم فيه كما قال ابو يوسف وابو حنيفة رح يقول الاخذ الذاتان حكم الجنسين لا يتبدل الصورة والمعنى لان كل موجود من الحوادث موجود بهما وصورة الخل والخمر والعبد واحدة فاتحد

وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب القيمة لانه اطمعها ما لا وعجز عن تسليمه فيجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على اخر او حر ويعضده قوله لان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه تتعلق العقد بالمشار اليه وليس بتابع له والتسمية لان المسمى موجود في المشار اليه تتعلق بالمسمى لان مرجع الوصف بتبعه والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس لو اشترى حلقة على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت والمنافع والحر مع الحر جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي فاذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه الله مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله فاذا كان احدهما عبدا يجب للعبد الباقي تمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اقل من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب للعبد تمام مهر المثل

الجنس فالعبرة للاشارة فيهما والمشار اليه غير صالح فوجب مهر المثل انتهى وغاية الامر ان يكون سمى الخمر خلا والحر عبدا تجوزا وذلك لا يمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلية طالق ولعبده هذا الحمار حر تطلق ويعتق فظهر ان لا اختلاف بينهم في الاصل بل في اختلاف الجنس واتحاده فلزم ان ذكر في بعض شروح الفقه من ان الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالاحكام انما هو على قول ابي يوسف وعند محمد رحمه الله المختلفين بالمقاصد على قول ابي حنيفة هو المقول على متحدي الصورة والمعنى ثم لا يخفى ان الاليق كون الجواب على قول ابي يوسف وجوب القيمة او عبد وسط لان الغاء الاشارة واعتبار المسمى يوجب كون الحاصل انه تزوجها على عبد وحكمه ما قلنا ولو تزوجها على عكس ما ذكرنا اي على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل او هذا الحر فاذا هو عبد او هذه الميتة فاذا هي ذكية فلها المشار اليه في الاصح عند ابي حنيفة وان روي عنه مهر المثل وقدر على اصله وبالاصح عن ابي حنيفة قال ابو يوسف فاوجب الذكية وما معها واوجب محمد المذكاة ومهر المثل في الخمر على اصله وابو يوسف خالف اصله واعتذر عنه بانه جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احديهما وبطلت الاخرى فاعتبرت الصحة وصارت الاخرى كان لم تكن وكذا خالف ابو حنيفة الاصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل ووجهه بانه يقول الواجب الاصلي مهر المثل وانما اعتبرنا الاشارة هناك ليجب ولو اعتبرناها هنا لا يجب فلا يعتبر ليجب مهر المثل لانه هو الاصل قوله فان تزوجها على هذين العبدين واذا احدهما حر فليس لها عند ابي حنيفة الا الباقي اذا ساوى عشرة فان لم يساو ما كملت العشرة لانه مسمى ووجوب المسمى المستحق باصل العقد وان قل يمنع وجوب مهر المثل فقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لانها ما رضيت الا بهما ولتعذر تسليم احدهما فتجب القيمة وقال محمد رحمه الله لها الباقي وتمام مهر مثلها ان لم يبلغ الباقي مهر المثل وهو رواية عن ابي حنيفة وعلى هذا الوبلغ الباقي مهر المثل لا يزاد عليه فتجيد بقول ابي حنيفة لانها لو كانا حرين يجب مهر المثل فاذا كان احدهما حرا ولم يبلغ الباقي مهر المثل تمم مهر المثل دفعا للضرر عنها فهنا مقامان لها مقام اختلافيه وهو تعيين الواجب مع الباقي ومقام اتفاقيه وهو عدم الاقتصار على الباقي ولها فيه الالحاق بالمسئلة السابقة اعني ما اذا تزوجها على الف وان لا يخرجها من البلد وليف حيث يكمل مهر المثل لانها لم ترض بذلك لقدر فقط وقد امتنع الباقي فلم يجب الاقتصار عليه والجواب الفرق بان انفائت في السابقة لم يستحق باصل العقد بدفوع بان لا اثر لاستحقاق مستحق خاص باصل العقد في دفع استحقاق غيره ولزوم مهر المثل فيما ليس الا لعدم رضاها بذلك القدر بتسميته اذ لم ترض الا بالكل غير ان انفائت هناك لما لم يقوم صير الى مهر المثل وهنا يقوم بمعنى يقوم هذا الحر عبدا فتجب قيمته وعلى هذا يترجح قول ابي يوسف من حيث الوجه وقد يجاب بان جبر الفائت هناك لعدم رضاها وعدم تقصيرها في تعيين ما ترضى به اما هذا ففي المقصرة في الفحص عن حال المسميين فانه مما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لان عدم الاخراج وطلاق الضرة انما يعلم بعد ذلك وكانت هنا ملتزمة للضرر معنى هذا وقد خرجت هذه المسئلة على ما يليها من الاصل الذي ذكرناه فعند ابي حنيفة تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو واذا لغى تسمية احد العبدين صار كانه تزوجها على عبد فليس لها غيره وعند ابي يوسف تسمية العبد معتبرة مع الاشارة الى الحر فاعتبر تسمية العبدين لكنه عجز عن تسليم احدهما فوجبت قيمته ومحمد يقول الامر كما قال ابو حنيفة ان تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو لكنا لم نرض في تمليك بضعها بعبد واحد فيجب النظر الى مهر المثل لدفع الضرر ولا جواب لابي ما قلنا من التزامها لذلك حيث قصرت ان تم والا فلا ووجه قول ابي يوسف وكونها مقصرة بذلك ممنوع اذ لا مانعة من التردد في ان المسمى حر او عبد وقريب من هذا لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فاذا هي تسعة ليس لها غير التسعة وحكم محمد بها كما قال ابو حنيفة ان ساوت مهر مثلها او زادت والا كمل مهر مثلها وفي الفتاوى الخاصية من علامة العين تزوج على هذه الاثواب العشرة فاذا هي احد عشر

واذا افرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع ولذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطي فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر وهو يعتبر بالبيع الفاسد قولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل لم يجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم يجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته

فالكان مهر مثلها مثل احد عشر وزيادة فلها احد عشر عندهما خلافا له وبه يفتى لان المهر احد العشرتين اجودهما واردؤهما فصار كما اذا تزوج على احد هذين العبدين اما اذا وجدت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتى فرق بين هذا وبين ما اذا تزوجها على هذه الاثواب العشرة المروية فاذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعا لانه في الاولى المنطوق الثوب المطلق والثوب المطلق لا يجب مهرا الا يرى انه لو تزوج على ثوب مطلق يجب مهر المثل وفي الثانية المنطوق به ثوب هروي وبهذا يجب مهرا وشرح العبارة الاولى ان التزوج انما وقع على عشرة وحين وجدت احد عشر فلا بد ان يشتمل غالبا على عشرة هي اجود الاحد عشر وعشرة هي الردي لاحد عشر فصارت التسمية عشرة من احد عشر ما ارداها واجودها وبه تفسد التسمية عند ابي حنيفة رحمه الله فيحكم مهر المثل فاذا كان احد عشر او اكثر فلها الاحد عشر لرضاها بالنقصان وان كان بين العشرة التي هي الاردي والعشرة التي هي الاجود تيقن اعني مهر المثل كما لو كان بين اكسل العبدين واجودهما وان كان اقل من اردي العشرتين او امثلها تيقن العشرة الردي لما لو كان اقل من اكسل العبدين ومثله هذا قياس قوله واما قياس قولهما فصحة التسمية وتعين اردئهما مطلقا كما عينا اكسل العبدين كذلك وشرح عبارة التسعة انه اذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالمروية وكانه تزوجها على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو ويجب التسعة فقط بخلاف ما اذا وصفها بالمروية لان المعنى انه تزوجها على هذه التسعة وثوب هروي فلا تبطل التسمية غير ان مقتضى الاصل ان يتخير فيه بين عينه وقيمته والله اعلم قوله واذا افرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد وهو كتزوج الاخت في عدة الاخت او الخامسة في عدة الرابعة او الامة على الحرة ان كان قبل الدخول فلا مهر لها خلافا لهما ولهما ان الخلل لان المهر لا يجب في النكاح الفاسد الا بالدخول وانما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لان التمكن منها فيه منتف شرعا بخلاف الصحيح فانه يجب فيه بالعقد ويكمل بالخلوة لوطئها فيه قبل الدخول لان الخلوة فيه اقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الوطي شرعا وحسا فان دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر وهو يعتبره بالبيع الفاسد حيث يجب فيه القيمة اذا امتنع الرد ونحن نقول المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر المثل لم يجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم يجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية واورد عليه لزوم التناقض لانك اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا انقصت منه فان كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت صحيحة مشمولة للوجود واجاب المورد بانها صحيحة من وجه فاسدة من وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال فاسدة من حيث انها وجدت في عقد فاسد فاعتبرناها فسادا اذا زادت وصحتها اذا نقصت للانضمام رضا والحق ان هذه التسمية ليست الا فاسدة وقد صرح المصريطلانها اذ ليس معنى فساد التسمية الا كون المسمى ليس بمال او وقوعه في عقد فاسد كل منهما يستقل بفسادها وبفسادها وجب المصير الى مهر المثل لانه القيمة للبضع شرعا وتقرير الكتاب لا تجب الزيادة لعدم التسمية اي لانها لم تستحق وكانت راضية بالحط فسقطت حقها في الزيادة الى تمامه حيث لم تسم تمامه واذا علمت فساد التسمية علمت ان المصير في العقد الفاسد الى مهر المثل بالدخول اتفاقا بيننا وبين زفر غير انه يوجبه بالغا ما بلغ ونحن لا نجاوز به المسمى لما ذكرنا فوجه الاستدلال ان يقال سلمنا ان الواجب فيه مهر المثل لكنها رضيت باسقاط بعض حقها وتركت بالمقدمات لانه لا حاجة اليها بل الصحيح ان قولنا انما يتقوم بالتسمية ان اراد في النكاح الصحيح فالحصر ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل وان اراد في الفاسد فقد ظهر انها لا تصح فيه حتى صار خاليا عن التسمية ووجب مهر المثل غير انها اعتبر حطها فان قيل لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاها بالزيادة فلم يوجبوا المسمى اذا زاد على مهر المثل فالجواب انا لو اوجبناه فانما لانه مسمى وقد بطل وانما لرضاه ومجرد رضاها بالتمليك لا يثبت لزوم القضاء به لان به لا يدخل في ملك الآخر بل بالقبض بخلاف الرضا بالحط لانه اسقاط فيتم بالواحد وعلى هذا الاتم المعارضة لزفر وما في الترمذي وغيره من

وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط ومحترزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطيات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ووقت التفريق وقت زوالها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه

قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل الحديث فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها وكان وجوب مهر المثل اصلا في كل نكاح فاسد بعد ما قدمناه في باب الاولياء والاكفاء فصار وجوبه لا يصير محصنا بهذا الدخول لا عند ابي ثور واجمعت الامة على انه لا يكون محصنا في النقد الصحيح الا بالدخول ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا بخلاف ما اذا تكرر وطي الابن الجارية الاب واد عى الشبهة فانه يلزمه بكل وطي مهر لان الاصل ان الوطي في غير الملك ان كان لشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره وان كان لشبهة ملك لا يتعدد وبتعدده ففي جارية الاب وجارية الزوجة اذا وطيها الزوج الثاني يتعدد حقها بشبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره وفي جارية الابن اذا وطيها الاب والمكاتبة اذا وطيها السيد والزوجة في النكاح الفاسد وفي النكاح الصحيح اذا ظهر بعد تعدد الوطي انه كان حلف لبطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك وتقرر الوطي في الملك لا يتعدد به المهر فكذا في شبهته واما اذا وطي احد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ حسام الدين لم يذكر في الكتاب وكان الشيخ برهان الدين الذي يقول يتعدد المهر لانه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار كمنزلة جارية الاب في حق الابن لو وطيها بعد التفريق في النكاح الفاسد بخلاف انتفاء الشبهة ولو زفي بامراة وتزوجها وهو مخالطها ثم اتم الجماع لزمه مهران مهر المثل بالزنا لما استقلت عنه المدخول بها تزوجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وان طلقها في الحال لان هذا اكثر من الخلوة وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر لو وطي المعتدة عن طلاق ثلث واد عى الشبهة يلزمه مهر واحد ام لكل وطي مهر قيل ان كانت الطلقات الثلاث جملة فظن انها لم تقع فوطئ في موضعه فيلزمه مهر واحد وان ظن انها تقع لكن ظن ان وطيها حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطي مهر وفي نوادر هشام عن محمد رجل اشترى جارية فوطيها مرارا ثم استحقت فعليه مهر واحد وان استحق نصفها فعليه نصف المهر وفي آخر حدود خواهر زاده الصبي اذا زفي بصبية فعليه المهر وان اقر بذلك لا مهر عليه واذا زفي الصبي ببالغة مكرهة عليه المهر وان دعته الى نفسها لا مهر عليه ولو دعت صبية صبيا عليه المهر وكذا لو دعت امة صبيا والمراد من المهر العقر قوله وعليها العدة يعني اذا افارقها وقد دخل بها لانها لاقامة مقام الوطي في النكاح الفاسد وينبغي ان لا يجب عليها الا حداد في الاصل فيما اذا دخل الرجل على غير امراته فدخل بها قال عليه مهر لها لانه دخل بها بشبهة النكاح لان خبر الواحد حجة في المعاملات فتقصر شبهة تسقط الحد ويجب المهر قال وعليها العدة ويثبت نسب ولده منه ولا تتقي في عدتها ما تتقي المعتدة بنحوه قضى رضي الله عنه ولان الحداد لاظهار التاسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك في الوطي بشبهة ولا النفقة في عدة الا لان وجوبها باعتبار الملك لثابت بالنكاح وهو منتف هنا ولانها النفقة التي كانت واجبة باصل النكاح بقي في العدة ولم يكن عليه نفقة مستحقة هنا لبقية ولا يرجع بالمهر على الذي اودعها عليه لانه هو المستوفي للبدل ولو كانت هذه اخت امراته حرمت عليه امراته الى انقضاء عدتها قوله ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح احترازا عن قول زفر لانها انما تجب باعتبار شبهة النكاح وحكم هذه الشبهة التفريق او بالافتراق بالمتاركة اذ لا تحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع الا بما قلنا ولا تحقق المتاركة الا بالقول بان يقول تاركتك او خليت سبيلك او خليتها او تركتها او تمضي على ذلك سنون لم يكن لها ان تتزوج بآخر قال الشيخ الامام فخر الدين قاضيخان هذا في المدخول بها اما غير المدخول بها فتفترق الابدان بان لا يعود اليها ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر وقيل بعد الدخول ليس له ذلك الا بحضور الآخر وعلم غير المتارك ليس بشرط لصحة المتاركة على الاصح وانكار النكاح ان كان بحضرتها فهو متاركة والا فلا روى ذلك عن ابي يوسف واختار الصدر قول زفر حتى لو حاضت ثلث حيض من آخر الوطيات قبل التفريق انقضت العدة وعندنا ما لم تحضها بعد التفريق او المتاركة لم تنقض ويجب

وتعتبر مساواة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه ولا اقامة باعتبار قال
ومهر مثل نسائها يعتبر بأخواتها وعماتها وبناتها وعماتها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط ومن
اقارب الاب لان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء اذا اضيف الى قيمة جنسه ولا يعتبر بأمها واخالتها اذ الوكس قد يأتي من
قبلهما لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بهما لانها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان
تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه
الاوصاف ولكن يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه
يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه اهل للالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح

ان يكون هذا كله في القضاء اما فيما بينها وبين الله تعالى فاذا علمت انها حاضت بعد آخر وطء ثلاثا يبقى ان تحل لها التزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس
ما قدمناه من نقل السغناقي وفي الفتاوى لا تجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد قوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان
النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطء والاقامة اي اقامة العقد مقام الوطء باعتباره وهذا جواب عن قياسها على الصحيح وذكر في الاصل تزوجت الامة بغير
اذن مولاها ودخل بها وجاءت بولد لستة اشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يجعله خلافا قال شيخ الاسلام
تأويل هذا ان الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة قال في الغاية واعتبر محمد العدة من وقت التفريق فكان الاحوط في النسب من وقت التفريق ايضا لان
وقت الدخول لان العدة للنسب قال شارح الكنز هذا لو علموا انهم انما اعتبروا من وقت النكاح ليثبت نسبه بحر والعقد اقامة للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء
حتى لو جاءت بولد لستة اشهر من وقت العقد والاقل منها من وقت الوطء ثبت نسبه كما في الصحيح ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق الاتي انها لو جاءت بولد
لاكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يقارنها ما ينفي سعة ثبت نسبه لو كان الاعتبار لوقت التفريق لان الحمل الثابت بيقين لا يكون بأقل من ستة اشهر ولا بد من عشرين لا يمكن الا اعتبار لوقت التفريق لا آخر لو وصل بها
ثم جاءت بولد ثبت نسبه ويجب المهر والعدة في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لا يثبت لا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر رحمه الله وان لم يخل بها لا يلزمه الولد انتهى والحاصل ان المعتبر
من وقت التفريق اذا وقعت فرقة وما لم يقع فمن وقت النكاح او الدخول على الخلاف قوله لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها قاله في المغني
وقدمنا تخريجه وقوله وهي اقارب الاب ليس من كلامه بل تفسير نسائها من المصنف بناء على ان الظاهر من اضافة النساء اليها باعتبار قرابة الاب لان النساء
من جنس ابيه ولذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان ابوه قرشيا وعلى هذا كان الاولى اسقاط الواو في قوله ولان الانسان من جنس قوم ابيه ليكون
وجه كون الاضافة المذكورة تعين كون من اقارب الاب ظاهرا وهذا لان جعله وجها مستقلا يصح الا ان ح لا يكون الدليل الاول مستلزما للمطلوب لان
مجرد اضافة النساء اليها لا يستلزم كون النساء المضافة اقارب الاب بل كما يصح ان يقال لعماتها واخواتها نساؤها يصح ان يقال لخالاتها ايضا
واخواتها لامها فلا يتم ح جعله ارادة الاب المقدمة المذكورة قوله ويعتبر في مهر المثل ان تتساويا في الجمال يعني بحر وتحقق القرابة المذكورة لا يثبت
صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساويا سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وادبا وكمال خلق وعدم والدين العلم ايضا فلو كانت
من قوم ابيها لكن اختلف مكانهما او زمانهما لا يعتبر مهرها لان البلدين يختلف عادة اهلهما في المهر في غلاية ورخصه فلو زوجت في غير البلد الذي
زوج فيه اقاربها لا يعتبر بمهورهن وقيل لا يعتبر الجمال في بنت الحسب والشرف بل في اوساط الناس وهذا جيد وقالوا يعتبر حال
الزوج ايضا اي بان يكون زوج هذه كازواج امثالها من نسائها في المال والحسب وعدمهما فان لم يكن واحدة من قوم الاب بهذه الصفات
فاجنبية موصوفة بذلك وفي الخلاصة ينظر في قبيلة اخرى مثلها اي مثل قبيلة ابيها وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يعتبر بالاجنبيات ويجب حمله على ما اذا كان لها
اقارب والا امتنع القضاء بمهر المثل وفي المنتقى يشترط ان يكون المخبر بمهر المثل جليين او رجلا وامرأتين ويتعين بلفظة الشهادة فان لم يوجد على
ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه وفي غرر الطحاوي مهر مثل الامة على قدر الرغبة قوله واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يقيد كون الضمان
في الصحة اما في مرض الموت فلا لانه تبرع لوارثه في مرض موته ويشمل ولي الصغير زوجه وضمن عنه وولي الصغيرة زوجها وضمن لها وقوله
ثم المرأة بالخيار في مطالبة اي منهما زوجها او وليها هو على التقدير الثاني وقوله ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بأمره سيأتي ان الزوج
اجنبي او في حكمه كولده الكبير وهذا لانه لا يرجع اذا ادى عن ابنه الصغير فيما اذا زوجه وضمن عنه للشرف يتحمل صغار الصغار اللهم الا ان يشهد

[illegible] في مطالبتها زوجها او وليها بتسليم الدراهم للكفالات وترجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره
كما هو المشروط في الكفالة وكذلك يضمن هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة فحكم ما ذا باع الاب مال الصغير
كما هو المشروط في الكفالة وكذلك يضمن هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة فحكم ما ذا باع الاب مال الصغير
من نفسه لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويجب ايداء
المبدل بالمبيعة ويمنعه حبسه بدله بلوغه فلو هو الضمان ليصير ضامنا لنفسه وولاية قبض البدل للاب بحكم الابوة
لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغه فلو هو الضمان ليصير ضامنا لنفسه **قال** والمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ
منعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها
من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق

انه يضمن ليرجع في اصل الضمان **قوله** ثم المرأة بالخيار في مطالبتها اياي اذا بلغت زوجها اياي اذا كان بالغا وان لم يكن بالغا فابوها مطالبته ايضا
ضمن او لم يضمن كما في شرح الطحاوي والتتمة وذكرنا انه اذا ادى لا يرجع ما لم يشهد على اشتراط الرجوع في اصل الضمان ولا يخفى ان هذا مقيد
بما اذا لم يكن للصغير مال هذا والمذكور في المنظومة في باب جواب مالك من ان يضمن الاب مهر ابنه الصغير بالضمان وهو مخالفة بخلاف الخلاق
شرح الطحاوي وذكر في المصفى جوابه فقال قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال اما بتاتا عن ايفاء المهر في المال فلم يكن من ضرورة الاقدام
على تزويجه ضمان المهر عنه فهذا بخلاف المعول عليه وان ضمن الوصي يرجع مطلقا فلم يوجد الاب في صورة الضمان حتى بات فهي بالخيار بين اخذه من
تركته بين مطالبة زوجها فان اختارت تركته فاخذت اجزأها في الورثة الرجوع في نصيب الصغير وقال زفر ليس لهم الرجوع لان هذه الكفالة لم تقع
موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بالامر من المكفول عنه اذ لا اعتبار اذنه ولو اذن وعن ابي يوسف روه كقوله فيما ذكره ولو ابرأ قلنا بل صحت
بامر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الاب عليه فاذن الاب اذن منه معتبر واقدامه على الكفالة دلالة ذلك من جهته بخلاف ما اذا ادى عنه في حياته
لان تبرع الانسان بالمهور متاد وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون وذكر ايرجعون اذا ادى في مرض موته والمجنون كالصبي في جميع ذلك
لانه مولى عليه سواء كان الجنون اصليا او طاريا واما مع ضمان وليها اذا كان ابا او جدا مع انه المستحق لقبض صدقات المطالبة لان الولي في النكاح
وان باشر سفير كالوكيل بخلاف ما لو باع مال الصغير لا يصح ضمانه الثمن لانه مباشر فترجع الحقوق اليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم في الرد بالعيب ويتسلم
المبيع ويصح ابراؤه من الثمن عند ابي حنيفة ومحمد ويضمن مثله في ماله فلو صح ضمانه كان ضامنا لنفسه مقتضيا مقتضيا فان قيل للاسلم عدم رجوعها
اليه في النكاح الا يرى ان له المطالبة بمهرها اجاب المصرد بقوله وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد لانه متاد ولهذا لا يملك قبضه بعد
بلوغها او نهيه مهرها اما اذا لم تنهه فله المطالبة بخلاف البيع فان له القبض بعد بلوغه دون الصبي ثم لا يشترط احضار الزوجة لقبض الاب مهرها عندنا
خلافا لزفر وابي يوسف في قوله الآخر وفي المرغيناني لا يشترط ولم يذكر خلافا وقدمنا في قبض مهر الكبيرة البالغة فروعا استوفيناها في باب الاولياء والاكفاء
فارجع اليها وحالم تذكره هناك لو قبض الاب المهر ثم ادعى الرد على الزوج ان كانت بكرا لم يصدق الا ببينة لان له حق القبض وليس له حق الرد والخصومة
فيما صدق لان حق القبض ليس له فاذا قبض بامر الزوج كانت امانة عنده من الزوج فتقبل دعواه الرد كالمودع اذا قال رددت الوديعة **قوله** لهم
ولامرأة ان تمنع نفسها من الدخول بها ومن ان يسافر بها حتى يوفيها معجل مهرها ليتعين حقها في البدل كما تعين حقه في المبدل يعني لا يتعين حقها الا بالقبض
وهذا التعليل لا يصح الا في الصداق الذي هو المال المعين كما لو تزوجها على عبد بعينه فانها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى هلك عنده وقوله اي
المعجل منه بتناول المعجل عرفا وشرطا فان كان قد شرط تعجيل كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله او بعضه فبعضه فان لم يشترط تعجيل شيء
بل سكتوا عن تعجيله وتاجيله فان كان عرف في تعجيل بعضه وتاخير باقيه الى الموت او الميسرة او الطلاق فليس لها ان تحبس الا الى تسليم ذلك القدر
قال في فتاوى قاضيخان فان لم يجيء القدر المعجل ينظر الى المرأة والى المهر انه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك القدر
بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فان الثابت عرفا كالثابت شرطا بخلاف ما اذا شرط تعجيل الكل فلا عبرة بالعرف اذا كان الصريح بخلافه وهذا مسئلة
جزائية في غير نسخة من كتب الفقه فاوقع في غاية البيان من اطلاق قوله فان كان يعني المهر شرط التعجيل او سكتوا عنه يجب حالا ولها ان تمنع نفسها
حتى يعطيها المهر ليس بواقع بل المعتبر في السكوت العرف هذا ولا باس ان يسافر بالبكر قبل ايفائه في الفتاوى بل زوج بنته البكر البالغة

ثم زاد ان تحول الى هذا الجانب ليس لها ذلك وان كان معها ولد الزوج فان اعطاه المهر كان له ان يحبسها قوله وليس له حق الاستيفاء كل من الزوج والمراد له حق الاستيفاء وعليه ايفاء كما ان له استيفاء منافع البضع وعليه ايفاء المهر كذلك لها استيفاء المهر وعليها ايفاء منافع بضعها وقد يقال به الدليل فيقال ليس لها حق استيفاء المهر قبل ايفاء منافع البضع والجواب ان هذا وقع في تعليل حسنا ما لان شبهة الاستيفاء تتحقق من كل منهما لو طلب بايفاء ما عليه كان له الامتناع الى استيفاء ماله وليستلزم تحاق الحقوق فوات المقصود ومثله مطالبا بايفاء الدخول فقالت متى استوفى المهر وكان لها ان تقول لا اوفيك حتى استوفي منافع البضع وهي تقول مثله لزم ما ذكرنا والصواب ان هذا التعليل بعد الالحاق بالبيع وان البضع كالمبيع والمهر كالثمن كما لك ان في بيع المقايضة كل منهما الامتناع فيقال لها سلمي فداء ومثله الاتيان في النكاح اذا كان المهر عينا خلافا لزفر والاطلاق الجواب بان لها الامتناع الى ان تقبض هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فطلب وليها عن الزوج ان يعطي المهر لوليها جاز غير الاب والجد كالاجنبي وليس لها ان يسلمها الى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض فان سلمها فالتسليم فاسد ويعود الى بيتها لانه ليس للمهر ولاية انتقال حسا كما في التجنيس في رمز واقعات الناطفي ولو نقلت الصغيرة الى بيتها بنفسها كان لمن كان الحق بالكبر قبل التسليم ان يمنعها حتى يعطيها ما يقبضه من له ولاية القبض لان هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هي من اهل الرضا فرع اذا كان يسكن في بيت الغصب بامان تمنع من ان ينام اليه فيه ولا يسقط به نفقتها قوله ولو كان كله موجلا لمدة معلومة او قليلة الجهالة كالحصاد ونحوه بخلاف ذلك في البيع وبخلاف المعاشرة في المبسوط وجوب الربع حيث يكون المهر حالا ليس لها ان تمنع نفسها قبل الحلول ولا بد وان هذا القضاء اوجب لها حق الحبس فاذا ثبت بعد وكان الواجب عقيب العقد معلوما استقاطها حتما بالتاجيل كما في البيع اذا اجل الثمن ليس له منع المبيع الى نهاية الثمن وفيه خلاف ابي يوسف فيما رواه المعلى عنه ان موجب النكاح تسليم المهر او الاعتراض بتاجيله كان راضيا بتاخير حقه لعلمه بموجب العقد بخلاف البيع فان تسليم الثمن او ليس من موجباته كما في المقايضة واختار الولوالجي الفتوى به وهذا اذا لم يشترط الدخول في العقد قبل الحلول فان شرط عليها التمكين بالاتفاق قوله وان دخل بها قبل الايفاء رضيته وهي ممن يجامع مثلها فكذلك عند ابي حنيفة اي ليس لها حبس نفسها حتى تستوفي المهر خلافا لهما وهو رواية عن ابي يوسف وهي ما اذا كانت صغيرة او مجنونة فبلغت وصحت ونال الاكبر او يكون لها حبس نفسها بعده وعلى هذا الخلاف الخادم والجارية ما لا يسقط حقها في حبس نفسها خلافا لهما وعلى هذا النفقة قوله واذا اوفاها مهرها او كان موجلا فطلبها حيث شاء من بلاد الله وكذا اذا وطئها مكرها عند هما وقيل الاخير جيا الى بلد من بلدان الترجيح لوذي واختاره الفقيه ابو الليث فقال ظهير الدين المرغيناني في آخر كتاب الحج اوفق من الاول لقول الفقيه يعني قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم واوفق لقول المشايخ لقول الفقيه لان النص مقيد بعدم المضارة لقوله تعالى ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن والنقل الى بلد اخر مضارة فيكون قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم مما لا مضارة فيه وهو ما يكون من جوانب مصره او خرقته الصغرى التي لا تتبع عند مضيه فيها من المصر الى القرية ومن القرية الى المصر وقال بعض المشايخ اذا اوفاها المعجل وكان حالا مؤنا فاخذ نقلها قوله ومن تزوج امرأة ثم اختلفا بعد الدخول في المهر او في قدره او في صفته وكل منهما لا بينة له او اقام كل منهما بينة فالبينة بينة الزوج لانها تثبت الزيادة والقول قولها في قدر المهر بعد الدخول قبل الطلاق وبعده حكم المثل فمن كان

الفرقة وهذا ان بعد الطارق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولها لان المتعة موجبة بعد الطارق كمهر المثل قبله فتحكم كصورة التوفية انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ والعادة غالبة تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في المائة والعشرة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير سلك عن ذلك القدر فيحمل على ما هو المذكور في الاصل

تحالفا ان في الفصول كلها ويحكم مهر المثل وقال ابو يوسف القول للزوج مع يمينه في الكل الا ان يأتي بشيء قليل وفسره المصر وجماعة بان يذكر ما لا تتعارف مهرا لها وقوله الصحيح احتراز عن قول من قال ان يذكر ما لا يصلح مهرا شرعا اعني ان يذكر ما دون العشرة لانه ذكر هذا اللفظ في البيع فيما اذا اختلفا في الثمن بعد الهلاك فالقول للمشتري الا ان يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعي وقد يقال ذلك لتعين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصور المستنكر بطريق آخر اما هنا فكما يتصور المستنكر عرفا يتصور شرعا ويجاب بان المستنكر شرعا داخل في المستنكر عرفا فانما يستنكر شرعا يستنكر عرفا ولا عكس فحيث اعتبرناه عرفا فقد اعتبرناه شرعا وزيادة فصار الحاصل من قولنا الى ما يستنكر مطلقا لا يكون القول قوله فيه سواء كان عرفا او شرعا وذلك لانه لو كان شرعا لم يتحقق لانه اذا ادعى خمسة كملت عشرة ولنا كلامه لان العشرة في كونه مهرا شرعا لا يتجزى فتسمية بعض ما لا يتجزى شرعا كتسمية كله فلا يتصور ان يأتي بالمستنكر وليس بهذا بشيء لان عدم تصحيح الخمسة مثلا وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لانه يأتي بما يستنكر فقد تصور درج الوبري تفسيره هو لا البعض بانه ذكر في الرجوع عن الشهادة لو ادعى انه تزوجها على مائة وهي تدعي الف او مهر مثلها الف واقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند ابي يوسف رح لانه لو لا الشهادة لكان القول له ولو لم تجعل المائة مستنكرا في حقها يعني مع ان التسمية العشرة مستنكر فيمن قيمتها عشرة امثاله وان اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه عليه ما في الاصل والجامع الصغير وقال ابو يوسف رح القول للزوج الا ان يأتي على ما مر والاختلاف بينهم في ان القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف في غير موضع وكما يفيده قول المصنف القول عند ابي يوسف الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فنفى كون القول له لانتفاء الظاهر معه وانما اختلفوا لاشتباه الظاهر ههنا انه مع من فقالا مع من يشهد له مهر المثل لان الغالب في المسمى في الانكحة الا ان يكون اقل منه وهذا اوجه من قول المصر لانه الموجب الاصلي لان كونه يفيد الظهور لمن هو من جنسه ليس بذلك الا عتبار بل باذكرنا وقال ابو يوسف مع من يشهد له الاصل براءة الذمة وانما اعتبر الشاهد ههنا مهر المثل لانه القيمة الضرورية للبضع اذ ليس كان مالا وانما يقوم اظهارا للشرفة فيتقدر بقدر الضرورة وهي فيما اذا لم يتيقن بثبوت مسمى وههنا يتيقنا ه وهو ما اقر به الزوج فيكون القول له ويحلف على نفي دعواه وصار كالاختلاف في قدر المسمى في الاجارة كالقصار ورب الثوب لا يصار الى تحكيم اجرة المثل لان تقوم المنافع ضروري فلم يصر اليه حيث امكن المصير الى المسمى وكان القول لمن يدعي الاقل فكذا هذا وهما يقولان ان تقومه شرعا اظهارا للخطر يوجب الرجوع اليه عند التردد في المسمى لا نفيه بل هو احق من التقوم الذي يثبت بسبب المالية لان ذلك يقبل الابطال بخلاف هذا واما القصار ورب الثوب اذا اختلفا في الاجرة فليس لفعله موجب في الاجر بدون التسمية ليصار الى اعتباره وللنكاح موجب فهو اشبه باختلاف الصباغ ورب الثوب في المقدار مما ذكرنا وفيه تحكم قيمة الصبغ واما قوله يتيقنا التسمية وهي ما اقر به الزوج فليس بذاك بل المتيقن احدهما غير عين وهو لا ينفي الرجوع اذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تتعذر القضاء باحدهما عينا **قوله** ثم ذكر ههنا اي في الجامع الصغير ان القول للزوج في نصف المهر اذا طلقها قبل الدخول وكذا في الاصل وفي الجامع الكبير يحكم المتعة وقد قدمناه ووجه التوفيق ظاهر من الهداية وحاصله يرجع الى وجوب تحكيم المتعة الا في موضع يكون ما اعترف به اكثر منها فيؤخذ باعترافه ويعطى نصف مهر المثل ووجه ما ذكر ان المتعة موجبة بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم كمهر المثل وقد مر بان المتعة موجبة فيما اذا لم يكن فيه تسمية وههنا اتفقا على التسمية فعلمنا

وفي ما اقر به الزوج نظر ليس القضاء باحدهما عينا

وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها اثبتت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها اثبتت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمس مائة تحالفا واذا تحالفا وجب الف وخمس مائة هذا تخريج الرازي رح وقال الكرخي رح يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده لقد القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما اي حال قيام النكاح في الاصل والمقدار

بمقدار ما اتفقا عليه وهو نصف ما اقر به الزوج ويحلف على نفي دعوى الزائد وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل تتحقق الخلاف وهذا قيل في المسئلة روايتان لكن ما ذكر في جواب قول ابي يوسف رح انفا يدفعه قوله وشرح قولهما اذا ادعى الف وهي الفين ومهر مثلها الف او اقل فالقول له مع يمينه بما مد ما تزوجها على الفين فان حلف لزمه ما اقر به تسمية اي لا تخيير فيما بين ان يعطيها دراهم او قيمتها وهي الف وان نكل لزمه الفان مسمى لان النكول قرار او بذل على الخلاف وكلاهما تقتضيه تسمية وان كان مهر مثلها الفين او اكثر فالقول لها مع يمينها بما مد ما تزوجها على الف وان نكلت فلها ما اقر به تسمية للاقرار بها وان حلفت فلها ما ادعت قدر ما اقر به تسمية لاتفاقهما عليه والزائد بحكم مهر المثل يتخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لان يمينها لدفع الحط الذي يدعيه هو ثم وجوب الزائد بحكم انه مهر المثل وايهما اقام البينة قبلت في الوجهين فيما يدعيه بتسمية فان اقاما بينتها اولى في الوجه الاول لاثباتها الزيادة وبينته في الثاني لاثباتها الحط وان اصل محرره في هذا ان بينتها اولى لاثباتها الزيادة كما في الفصل الاول كذا في جامع قاضيخان وجه الاول ان الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل وانما اثبتت بتبيينها لدراهم وذلك وصف في الثابت وبينته مثبتة بخلاف الظاهر وهو الحط فهو المثبتة للزيادة بطريق الاصالة فكانت اكثر اثباتا من المثبتة للوصف وان كان مهر مثلها بين الدعويين الف وخمسمائة فان لم يكن لهما بينة تحالفا وايهما نكل لزمه دعوى الآخر وما وقع في النهاية من ان الزوج اذا نكل يلزمه الف وخمسمائة كانه غلط من الناسخ وان حلف يجب مهر المثل قدر ما اقر به تسمية والزائد يخير فيه فان اقام احدهما البينة يثبت ما يدعيه مسمى وان اقامتها تهاترتا في الصحيح لاستوائهما في الاثبات والدعوى ثم يجب مهر المثل ويخير فيه كله لان بينة كل منهما تنفي تسمية الآخر فلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل بخلاف التحالف لان وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق وذكر قاضيخان انه كفصل التحالف هذا كله تخريج الرازي رح وقد ذكرنا ان على تخريج الكرخي رح يتحالفان في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك والاحسن ان يقال يتحالفان ثم يعني مهر المثل واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتاخرين ان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وبالتحالف ينتفي يمين كل واحد عن دعوى صاحبه يبقى العقد بلا تسمية فيجب مهر المثل وقال قاضيخان ما قاله الرازي رح ولي انا الاحتياج الى مهر المثل فلا يجاب بل ليبين من يشهد له الظاهر فيكون القول له مع يمينه فلا حاجة الى التحالف ويقرع في التحالف لابتداء الاستيفاء بايهما كان جاز وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف يبدأ بيمين الزوج لانه كالمشتري والمهر كالثمن وفي المتبايعين يبدأ بيمين المشتري لانه يهب الابيجابي قوله ولو كان الاختلاف في اصل المسمى في حال الحياة بان ادعاه احدهما وانفاه الآخر يجب مهر المثل بالاجماع ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق لانه هو الاصل عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح تقدر القضاء بالمسمى لان القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار الى مهر المثل واستشكل كون مهر المثل هو الاصل عند محمد بل هو مع ابي يوسف رح في ان المسمى هو الاصل على ما صرح هو به في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد او احدهما او كما ذكر من ايجابه مع ابي حنيفة رح مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد اشرنا الى انه ليس في معه الظاهر بناء على ان العادة كون المسمى لا ينقص عن مهر المثل الا نادرا لكنا منعنا في تلك المسئلة ثبوت اختلافهم في ان الاصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه لا ينفي بذلك الخلاف فلا يشكل على هذا كون الاصل مهر المثل عند محمد رح كما هو عند ابي حنيفة رح بل الاولى ان يعلل الكل به والمسئلة اتفاقية قوله ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما اي حال قيام النكاح في الاصل والمقدار

ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رح ولا يتفاوت القليل وعند ابي يوسف رح القول قول الورثة الا ان يأتوا بشيء فليل وعند محمد رح الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وانكان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رح القول قول من انكر منهم فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما بيناه من بعد انشاء الله وأذا مات الزوجان وقد سمى لهما مهرا فلورثتهما ان يأخذوا ذلك من ميراثه وان لم يسم لهما مهرا فلورثتهما عند ابي حنيفة رح وقالا لورثتهما المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انهما ماتا او لا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما او لابي حنيفة رح ان موتهما يدل على التقارض اقرانهما فيهما من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا

ومن كان القول له لو كان حيا يكون لورثته وفي الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المتعة لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولهذا يجب في المفوضة مهر المثل بعد موت احدهما بالاتفاق قوله ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول لورثة الزوج عند ابي حنيفة كابي يوسف حال الحيوة الا ان ابا حنيفة لم يستثن القليل وهذا السقوط اعتبار مهر المثل بعد موتهما عند ابي حنيفة وعند محمد الجواب بعد موتهما كالجواب في حال الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة القول لمن انكر ولا يقضى بشيء وعندهما يقضى بمهر المثل وبه قال مالك والشافعي واحمد رح وعليه الفتوى لكن الشافعي يقول بعدم التحالف عندنا وعند مالك واحمد لا يجب التحالف قوله على ما بيناه يعني في المسئلة التي تليها من غير فصل وهي ما اذا مات الزوجان وقد سمى لهما مهرا ثبت ذلك بالبينة او بتصادق الورثة فلورثتهما ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج هذا اذا علم ان الزوج مات اولا او علم انهما ماتا معا او لم يعلم الا ذلك لان المهر كان معلوم الثبوت فلم يتيقن بسقوط شيء منه بموت المرأة اولا لا يسقط واما اذا علم انها ماتت اولا فيسقط منه نصيب الزوج لانه ورث دينا على نفسه فعلم بهذا ان المستثنى منه المحذوف في قوله الا اذا علم لم هو الصور الثلث التي ذكرنا ما كذا في النهاية والصواب ان المستثنى منه جميع الصور لان التقدير لورثتهما ان يأخذوا ذلك في جميع الصور الا في صورة العلم بموتها قبله لان المستثنى منه هو العام ولو كان الصور الثلث مستثنى منها كان اخذ الورثة الما هو في بعض الثلث لا كلها قوله فان لم يسم لها شيئا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رح قالا لهم مهر المثل واستدل ابو حنيفة في الكتاب فقال ارأيت لو ادعى ورثة على ورثة عمر مهرا م كلثوم بنت علي كنت اقضي فيه بشيء وهذا اشارة الى انه انما لا يقضى به عند تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره وايضا يودي الى تكرر القضاء به لان النكاح القديم قد يكون مشهورا وهو ما ثبت بالتسامع فيدعي ورثة الورثة على ورثة الورثة فاوقضى به ثم تأخر العصر فادعى الورثة الذين وجدوا بعد ذلك كذلك ايضا يقضى به ايضا ثم وثم فيفضي الى ما قلنا اما اذا لم يتقادم فيقضي لمهر المثل وطريق آخر ان مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فللشبه الاول لا يسقط اصلا وللشبه الثاني يسقط بموتهما وبموت احدهما فقلنا يسقط بموتهما اعمالا للشبه النفقة ولا يسقط بموت احدهما اعمالا للشبه المسمى توفيرا على الشبهين حظهما وهذا يقتضي ان لا يقضى به وان كان العهد قريبا وما قبله اوجه وقال مشائخنا هذا كله اذا لم تسلم نفسها فان سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحيوة او بعد الموت فانه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها لا بد ان تقري بالقبض والا حكمنا عليك بالنكاح في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا قوله فالقول قوله اي مع يمينه قوله ومن بعث الى امرأته شيئا ثم قال من حنطة وقالت هريرة فالقول قوله لانه انكر الملك فكان اعرف بجهة التمليك لانها يكون مهيأ للاكل لان الظاهر يتخلف عنه فيه والقول لما هو قول من يشهد له الظاهر والظاهر في مثله المتعارف ان يبعثه هدية والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والشوي والفواكه التي لا تبقى والحبوب والخبز والدجاج المطبوخ فاما الحنطة والشعير والعسل والسمن والجوز واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية فالقول فيه قوله واذا حلف المرسل فله ان كان من غير جنس ما لم يرض ببيعه بالصداق ياخذه وان كان مما كالا ترجع بالمرسل بما بقي ان كان يبقى بعد قيمة شيء ولو بعث هو دنانير ثم قال ابو مالك ايضا ثم قال هو من المهر فالقياس ان يرجع في هبته ان كان من مال نفسه كان قائما او كان هالكا لا يرجع وان كان من مال لم تبعث باذنها فليس لها الرجوع لانه هبته منها وهي لا ترجع فيما وهبت لزوجها وفي فتاوى اهل سمرقند بعث اليها بدراهم او دعوت المرأة ثم رفعت اليه ثم فارقها وقال بعثتها اليك عارية وارادان يسترده وارادت ان تمسكه

فقالت معهدية يقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو الممالك وكان العرف شاهدا للتمليك كيف وان الظاهر انه يكتفي في اسقاط الواجب

العوض فالقول قوله في الحكم لانه انكر التمليك واذا استرده تسترد بما عوضته هذا والذي يجب اعتباره في ديارنا ان جميع ما ذكر من الحنطة والشعير والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لان المتعارف في ذلك كله ارسال الهدية فالظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول قولها في نحو الثياب والجارية وفيما اذا بث الاب بعد بعث الزوج تعويضا ثبت له حق الرجوع على الوجه الذي ذكرنا في فتاوى اهل سمرقند وكذا البنت فيما اذا اذنت في بعثه تعويضا هذا اذا كان بعثها عقيب بعث الزوج فان تقدم عليه فالظاهر انه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج الا ان كان قائما واللہ سبحانه اعلم **قوله وقيل ما يجب الخ** بخلاف الخف والملاءة لا تجب عليه اذ لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها الا فيما سنذكره قريبا بعد انشاء الله تعالى يجب عليه الخف والملاءة لامتهاتهم كون الظاهر يكذبه في نحو الدرع او الخمار انما ينفي احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكسوة **فرع** جهز بنته وزوجها ثم ادعى انما دفعه لها عارية وقالت تمليكا او قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الاب عارية قبل القول للزوج ولما لان الظاهر شاهد به اذ العادة دفع ذلك ايها بهبة واختاره السغدي واختيار الامام السرخسي رحمه كون القول للاب لان ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى القول الاول ان كان العرف ظاهرا بذلك كما في ديارهم كما ذكره في الواقعات وفتاوى الخاصي وغيرها وان كان العرف مشتركا فالقول للاب وقيل ان كان الرجل ممن شأنه تجهيز البنات تمليكا فالقول للزوج والا فله ولو ادرات الزوج من المهر او وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو في مرض موتها وانكر الزوج فالقول له وقيل ينبغي ان يكون القول للورثة لان الزوج يدعي سقوط ما كان ثابتا وهم ينكرون وجه الظاهر ان الورثة لم يكن لهم حق وانما كان لها وهم يدعونه لانفسهم والزوج ينكر فالقول له وفي البدائع في كتاب النفقات اعطاها مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج الا ان تقيم هي البينة لان التمليك منه وفي الخلاصة انفق على معتدة الغير على طمع ان يتزوجها اذا انقضت عدتها فلما انقضت ابت ان تتزوج يعني كان يقول انفق بشرط ان تتزوجني يرجع زوجت نفسها او لا لانه رشوة والصحيح انه لا يرجع لو زوجت نفسها وان لم يشترط لكن انفق على هذا الطمع اختلفوا والاصح انه لا يرجع اذا زوجت قاله الصدر الشهيد وقال الشيخ الامام الاصح انه يرجع عليها زوجت نفسها منه او لا لانه رشوة واختاره في المحيط وبهذا اذا دفع الدراهم اليها لتنفق على نفسها اما اذا اكل معها فلا يرجع بشيء انتهى ولم يذكر ما اذا ابتان تزوجه في فصل عدم الاشتراط صريحا الا ما قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد ومن بعده لم يرجع اذا لم تزوجه وحكى في فتاوى الخاصي فيما اذا انفق بلا شرط بل للعلم عرفا انه ينفق للتزوج ثم لم تتزوجه به خلافا منهم من قال يرجع لان المعروف كالمشروط ومنهم من قال لا قال وهو الصحيح لانه انما انفق على قصده لا شرطه وفيما ادعت على زوجها بعد وفاته ان لها عليه كذا من مهرها تصدق في الدعوى الى مهر مثلها في قول بحنيفة لان عنده يحكم مهر المثل فمن شهد له كان القول له مع يمينه وفي النوازل اخذت لابويها ما تاثبعث الزوج اليها بقرة فذبحتها واطعمتها ايام المأتم فطلب قيمتها فان انفقا انه بعث اليها وامرها ان تذبح وتطعم ولم يذكر قيمته ليس له ان يرجع عليها لانها فعلت باذنه من غير شرط القيمة وان انفقا على ذكره الرجوع بالقيمة فله ان يرجع وان اختلفا في ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لان حاصل الاختلاف راجع الى شرط الضمان وهي منكرة تتمة فيما مسائل الاولى مسئلة تعرف ذكرها في باب المهر مع ان الجواب المذكور فيها انما يتعلق بالميراث فاجبنا الاتباع يذكر المهر زيادة فيما تزوج ثنتين في عقدة وثلثا في عقدة ومات قبل ان يدخل بواحدة منهن وقبل ان يتبين تقدم المتقدمة نكاحه من غير وفاء تركة الزوجات وهو الربع عندهم الولد وولد الابن والثمن مع الولد وولد الابن بينهن على تسعة وعشرين سبعة للتي تزوجها وحدها اتفاقا

ز عفيفة اصفهاني

قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون معدا للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الخطة والشعير فالقول قوله لما بينا

والباقي نصفه للثنتين ونصفه للثلث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ثمانية اسهم من الباقي للثنتين وتسعة للثلاث على تخريجهما وانما قلنا المسئلة من اربعة وعشرين لان نكاح الواحدة صحيح على كل حال لانه ان تقدم فظاهر وكذا ان توسط لانها تكون ثالثة ان وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث وكذا اذا تاخر لبطلان نكاح احد الفريقين فيقع هي ثالثة او رابعة ونكاح كل من الفريقين صحيح في حال باطل في حال ثم نقول ان صح نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث وان صح مع الثلث فلها ربعه فيحتاج الى حساب لثلث وربع واقله اثنى عشر او نقول مخرج الثلث من ثلاثة والربع من اربعة وبينهما مباينة فاضربنا احدهما في الآخر فصار اثني عشر فيكون للمد الثلث في حال اربعة والربع في حال ثلاثة فثلاثة ثابتة بيقين والربع يجب في حال دون حال فيتنصف للشك فيه فتكسر فنضعف فيصير اربعة وعشرين اضرب مخرج النصف وهو اثنان في اثني عشر فصار اربعة وعشرين ثم نقول للتي تزوجها بعد السابعة من اربعة وعشرين لان لها الثلث في حال ثمانية والربع في حال ستة فستة ثابتة بيقين وقع الشك في سهمين لانهما يسقطان في حال وسهمان في حال فيثبت احدهما ويضم الى ستة صار لها سبعة وما بقي تسعة للثلاث الكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة اربعة عندهما على اختلاف تخريجهما اما ابو يوسف رحمه الله فيعتبر المنازعة فيقول لا منازعة للثنتين في السهم السابع عشر لانهما لا يدعيان الا ثلثي الميراث ستة عشر فالسهم السابع عشر يسلم للثلاث لانهن يدعين وذلك لانهن يدعين ثلاثة ارباع الميراث ثمانية عشر بقي ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفان فحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية واما محمد فيعتبر الاحوال فيقول ان صح نكاح الثنتين فلها ثلث الميراث ستة عشر وهو حال لتقدم اسم الثنتين على الثلاث فتكون الواحدة منهما فيكون لها ثمانية فان لم يصح فلا شيء لها فلها نصف ذلك وهو ثمانية والثلث ان صح نكاحهن فلهن ثلثا ارباع الميراث ثمانية عشر لان الواحدة ترث منهن فان لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة فاتفق الجواب واختلف التخريج والصابط ما ذكرنا قولنا الجامع الحاوي مع المبين اعني محمدا الاحوال ويقوب المنازعة وعند ابي حنيفة رحمه الله نصف ما بقي للثنتين ونصفه الآخر للثلث لان الفريقين في علة الاستحقاق سواء لان كل فريق يستحق في حال وهو ما اذا كان سابقا على الفريق الآخر دون حال التاخير فصار كما لو لم يكن منهن واحدة ولو لم يكن منهن واحدة كان جميع ميراث الناكحين الفريقين نصفين كذا هنا فللنصف وقع الكسر فضعفنا الجميع صار ثمانية واربعين او تضرب مخرج النصف وهو اثنان في اربعة وعشرين فيصير ثمانية واربعين للواحدة من ذلك اربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فتطلب بين السهام والرؤس الاستقامة والموافقة والمباينة فتقيم اربعة عشر على الواحدة ولا يستقيم سبعة عشر على الثنتين ولا على الثلث ولا موافقة بين ذلك ايضا فحصل منا اثنان وثلثة فتطلب بين الرؤس والرؤس الاحوال الاربعة التداخل والتماثل والتوافق والتباين فوجدنا ما بتباينة فتضرب ثلثة في اثنين او على العكس فحصل ستة فتضربها في ثمانية واربعين تصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح وطريقة معرفة الكل ان تضرب ما كان له من هذه الستة وكان للواحدة اربعة عشر فتضربها في ستة تحصل لها اربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربنا ما في الستة يحصل لكل فريق مائة وسبعة وكان لكل من الثنتين احد وخمسون ولكل من الثلث اربعة وثلثون فان قيل ما ذكر ابو حنيفة رحمه الله مشكل لانه يعطي الثنتين ما لا يدعيانه اجيب بانهما انما لا تدعيانه اذا استحقت الواحدة ذلك السهم فاما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعواهما دعوى الثلث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء وبهذا الاختلاف في الارث اما المهور فالزوج ان كان حيا يؤمر بالبيان جبرا والقول قوله في الثلث والثنتين ايتهن

وقيل ما يجب عليه من الحد والمهر وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه والله اعلم

الاول لان نكاح احد الفريقين صحيح في نفس الامر والزوج هو باشر العقود وان قال لا ادري الاول حجب عنهن الا الواحدة لانه قر بالاشتباه فيما لا مساغ فيه للتحري وان مات احد الفريقين والزوج حي فقال هن الاول وشهن واعلى مهورهن وفرق بينه وبين الاواخر وان كان دخل بهن كلهن ثم قال في صحته او عند موته لا حد الفريقين ذلك فهو الاول ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم في الدخول في النكاح الفاسد فالدخول بهن لا يوثر في البيان اذا لم تتم السابقة في الوطي واما المهر قبل الدخول فللواحدة ما سمي لها بكماله لان نكاحها صحيح بيقين وللثلاث مهر ونصف للاثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما مقران على اصلهما في عتبار المنازعة والحال وابو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة في المهر دون الميراث فقال ما فضل من الواحدة هناك بين الفريقين نصفان لا يتفاوتان فيه لانهما قد استويا في الاستحقاق فيكون بينهما فاما ههنا فالثنتان لا يدعيان النصف الزائد على المهرين والثالث يدعيه فسلم لهن وفي المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما او نقول اكثر ما لهن ثلثة مهور بان يكون السابق نكاح الثالث واقل ما لهن مهران بان يكون نكاح الثنتين سابقا فوقع الشك في مهر واحد فيتنصف وكان لهن مهران ونصف ثم لا منازعة للثنتين في الزيادة على مهرين فيسلم ذلك مع الثالث وهو نصف مهر يبقى مهران استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر واحد ومحمد يقول ان صح نكاح الثالث فلهن ثلثة مهور وان لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف واما الثنتان فلهما مهران ان صح والا فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد واما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر على الفريقين كذلك لان الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث اوجب لهن مهرا وميراثا والعدة مما يحتاط فيها فان كان الزوج دخل بهن ولا يعرف الاول من الاخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعا اعني اربعة اشهر وعشرا يستكمل فيها ثلث حيض للمسألة الثانية تزوج امراة وابنتها في ثلث عقود لا يدري الاولى منهن وماتت قبل الوطي والبيان فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح احدهن ليس غير لانه ان تزوج الام اولا لم يصح نكاح بنتها او البنت فكذلك ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق ثم اختلفوا في كيفية القسمة فقال ابو حنيفة للام النصف من كل من المهر والميراث وقال ابو يوسف ومحمد يقسم بينهن اثلاثا ولو كان تزوج الام في عقدة والبنتين في عقدة كان الكل للام بالاتفاق للمتيقن ببطلان نكاحها تقدم او تاخر عن الام للجمع بين الاختين في عقد ولو كان تزوج امراة وامها وابنتها او امراة واختها او امها كان المهر والميراث بينهن اثلاثا اتفاقا وقيل على الخلاف والصحيح الاول والاصل ان المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ونكاح كل واحدة يصح في حال ولا يصح في حالين فاستووا في حق الاستحقاق وهو يساعدهما على هذا الاصل لكنه يقول الام لا يزاحمها الا احدى البنتين لانه تيقنا ببطلان النكاح احدى البنتين والابنتان في النصف استويا لانه ليست احديهما بتعيين جهة البطلان اولى من الاخرى في المسألة الثالثة لو قال لاجنبية كلما تزوجتك فانت طالق فتزوجها في يوم ثلث مرات ودخل بها في كل مرة فهي مرة وعليه مهران ونصف مهر ووقع عليه تطليقتان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه لما تزوجها اولا وقع تطليقة ووجب نصف مهر فلما دخل بها وجب مهر كامل لانه وطي حين شبهة في المحل اذ الطلاق غير واقع عند الشافعي رحمه بناء على ان هذا التعليق عنده لا يصح ووجبت العدة فاذا تزوجها ثانيا وقعت اخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى فان من تزوج معتدة البائن فطلقها قبل الدخول فعند ابي حنيفة وابي يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستانفة خلافا لمحمد في ايجاب نصف المهر وبقية عدتها التي كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهرين ونصف فاذا دخل بها

فصل واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على خنزير ثم اسلما او ترافعا الينا قبل الدخول بها او ماتت عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان دار الحرب بهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها اقل المسمى او المتعة ان طلقها قبل الدخول بها وان مات عنها فلها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وبهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا الحكام فيما يرجع الى المعاملات كالربوا والزنا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون حلالا وحراما في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم ومايدينون فصار كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى من عقودهم لقوله عليه السلام الا من ابى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على خنزير يحتمل التسوية

وهي مستدة عن طلاق رجعي صار مراجعا فلا يجب بالوطئ شئ فاذا تزوجها ثالثا لا يصح النكاح لانه تزوج بها وهي منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح وعلى قول محمد بالتزوج الاول والطلاق عقيبه يجب نصف وبالدخول بعده مهر كامل وبالتزوج والدخول بعد الطلاق الواقع عقيب الايفاء مهر ونصف وكذا بالتزوج الثالث وكان الواجب على قوله اربعة مهور ونصف مهر وهذا بناء على انه لم يصر مراجعا بالوطئ عقيب النكاح الثاني لم يقع على الاول وعندهما لما كان الدخول في الاول دخولا في الثاني كان الطلاق الثاني عقيب الدخول ولا يخفى عليك ان الدخول الاول لم يكن في نكاح بل ليس الا وطئ شبهة فاقتضى قولها على هذا ان الرجعة تثبت بالوطئ في عدة وان كان تلك العدة عن غير طلاق بل عن وطئ شبهة اذا كان سببا للطلاق ولو قال كلما تزوجتك فانت طالق بائن والمسئلة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر في قياس قولهما واربعة مهور ونصف على قول محمد ويخرج ذلك على الاصل المذكور لكل فقول محمد يلزمه اربعة مهور ونصف على الاصل المذكور له آنفا ظاهر واما وجه ما ذكر عندهما فلانه بالنكاح الاول والدخول بعده يجب مهر ونصف وبالنكاح الثاني طلقت بائنا ولها مهر كامل لانه طلاق بعد الدخول على قولهما ومهر آخر بالدخول بعده للشبهة ولم يصر به مراجعا لان الطلاق بائن وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثا ولها مهر وبالدخول بعده مهر آخر فصارت خمسة مهور ونصف ثابتة بالدخول ثلث مرات ونصف بالتزوج الاول ومهران بالتزوجين الاخيرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما

فصل في مهور الكفار لما ذكر مهور المسلمين شرع في ذكر مهور الكفار **قوله** واذا تزوج نصراني امرأة اذا تزوج ذمي كتابي ومجوسي على ميتة او على خنزير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها او طلقها قبل الدخول او مات عنها فليس لها مهر ولو اسلما او رفع احدهما الامر الينا او ترافعا وهذا اذا لم يسموا مهر المثل بالنفي وكذا لو تزوجها على دم لانهم لا يتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه وهذا لانهم لا يتمولون الميتة بخلاف الخمر بخلاف الموقوذة وكذا في الحربيين هذا مذهب ابي حنيفة وبه قالا في الحربيين اي لو اسلما او ترافعا الينا في الذمية فلها عندهما مهر مثلها ان دخل بها او مات احدهما او المتعة ان طلقها قبل الدخول لوقوعه في نكاح لا تسمية فيه وبهذا قال زفر في الحربيين ايضا لان الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال وبهذا الشرع وقع عاما يتناول الكفار بناء على انهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها غير انه يصير عفوا قبل المرافعة والكافر ليس من اهلها فتحقق مسامحة في حقه ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين الاحكام وليس لنا عليهم ولاية الالزام للتباين بخلاف اهل الذمة فانهم التزموا في المعاملات وولاية الالزام ثابتة فتعزره اذا زنى وتحكم بفساده والنكاح منها ولذا تجري عليهم احكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثا ونكاح المحارم وقد يقال من طرق زفر عدم التزامهم وقصور الولاية منا عنهم لا ينفي تحقق الوجوب عليهم بعموم الخطاب حتى اذا ترافعا يقضي عليهما بالمسمى حالا كونها حربيا واما اذا قررنا الوجوب ليظهر عند امكان التزامهم اثره قوله ولابي حنيفة رحمه الله حاصله منع المقدمة القائلة انهم التزموا احكامنا في المعاملات بل ليسوا ملتزمين بل يعتقد الذمة ولا يعتقدون خلافه فيها الا ما شرط عليهم ولذا لا نمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم كذا في بعض كتب الفقه وفي بعضها ما ذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا تنافي فتحمل احدهما من يدين بحرمتهن ومحمل الآخر من لا يتدين به كالمجوس فلم يلتزموا ولم نؤمرهم بالاسلام بل نتركهم وما يدينون فصار اهل الذمة اولى من اهل الحرب بذلك لان المانع منهم المتعة الحسية وامرنا بعدمها والمانع في اهل الذمة المتعة الشرعية وامرنا بتقريرها بخلاف الربوا لانه مستثنى من عقودهم قال رحمه الله وعليه وسلم الا من ابى فليس بيننا وبينه عهد رواه معناه القاسم بن سلام

ف كان الطلاق عقيبه الثاني

وقد قيل في المسئلة والمسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما قبلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض واكانا باغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض موكد للملك في المقبوض فيكون له شبهة بالعقد فيتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا باعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رح يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا هنا ومحمد رح يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم لانه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق للعين بنفس العقد وهذا تملك التصرف فيه والقبض ينتقل من ضمان الزوج لا ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام

يسنده في كتاب الاموال عن ابي المليح الهذلي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح اهل نجران فكتب لهم كتابا موساقة وفيه ولا تاكلوا الربوا فمن اكل منهم الربوا فذمتي منهم بريئة وفي مصنف ابن ابي شيبة بسنده الى الشعبي كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى نجران وهم نصارى ان من باع منكم بالربوا فلا ذمة له وهو مرسل وهو حجة عندنا واذا امتنعنا من التعرض لهم فيما يدينون قبل الاسلام الا المستثنى فبعد الاسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرط البقاء والذي يقتضيه النظر ان الاستدلال على ان الكفار مخاطبون بالمعاملات ان تم تم المطلوب لزفر هنا لان الامر بترك التعرض لهم لذمتهم لا يقتضي سوى ان لا يتعرض لهم ما لم يرفعوا بحكمنا ويسلموا وذلك لا يمنع من قيام المهر شرعا في ذمتهم وحالة الاسلام وان كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطا فيها ولا حكما لا يمنع القضاء بالتقرير في الذمة اول الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم

قوله وقد قيل ان في الميتة والمسكوت عن المهر روايتان بخلاف نفيه صريحا ففي ظاهر الرواية لها مهر المثل وذكر الكرخي انه لا فرق بين قياس قول ابي حنيفة رح بين السكوت والنفي ووجهه على ما في المبسوط ان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض فيه الا بالشروط وجه الظاهر ان النكاح معاوضة فالم يقض على نفي العوض يكون مستحقا لها والميتة كالسكوت لانها ليست بالا عندهم فذكرها كالنفي وصحح المصنف ان الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر قوله فان تزوج ذمي ذمية على خمر او خنزير باعيانهما ثم اسلما او اسلم احدهما قبل قبض الصداق المذكور فليس لها الا الخمر والخنزير وان كان بغير اعيانهما واسلما قبله فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا التفصيل مذهب ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وهو قول الائمة الثلاثة رح وقال محمد لها القيمة في الوجهين وهو قول ابي يوسف رح الاول ولما اشتركا قولا واحدا في عدم ايجاب عين الخمر والخنزير اذا كانا باعيانهما جمع بينهما في دليله فقال وجه قولهما ان القبض موكد للملك في المقبوض المعين ولهذا لو هلك قبل القبض او تعيب فاحشا فهلاك من مال الزوج حتى يلزمه مثله ان كان مثليا والا فقيمته وبعد القبض يهلك من مال المراة وينتصف قبل القبض باطلاق قبل الدخول وبعد القبض اذا طلقها قبل الدخول لا ينتصف الا بقضاء او تراض على ما اسلفناه في باب المهر في عتق الجارية المهر وكذا الزوائد تنتصف قبل القبض لا بعده على ما قدمنا فيكون له شبه بالعقد لثبوت اثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالاسلام كما يمتنع العقد اي كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد الحاقا لشبهة العقد بحقيقته في المحرمات وليس بيديه كما يمتنع العقد بالاسلام فان العقد عليها لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فامتنع قاهرا فقال ابو يوسف رح لو كانا مسلمين وقت العقد فقد اعلى الخمر والخنزير يجب مهر المثل وكذا اذا كانا مسلمين وقت القبض ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالاسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض تجب القيمة لامتناع اعطاء مثل الخمر قوله ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه قبل القبض ببدل وبغير بدل فقبضه ليس موجبا لملكه ولا لملك التصرف فيه فليس موكدا بل هو لاجل الضمان من الزوج الى المراة في الهلاك وذلك اي انتقال الضمان لا يمتنع بالاسلام لان موجبه صورة اليد وصورتها لا يمتنع بالاسلام كالمسلم اذا خمر عصيره واليد اذا غصب منه الخمر والخنزير ثم اسلم له ان يسترد من الغاصب فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر تخليله او يريقه والخنزير فيسيبه فان كان مرادكم من كون القبض موكدا غير هذا امنعنا كونه موكدا وان كان المراد بذا اسلمنا كونه موكدا ومنعنا منافاة الاسلام اياه وفي الاسرار ولان سلمنا ان القبض موكد للملك فلا نسلم ان الاسلام يمنع تاكد الملك بدليل ان من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فان الملك فيه واه يجوز ان يهلك

بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد بالقبض واذا تقرر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه مرذول القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه وكذلك الحر لانه ثمن مرذول الا مثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب المثل اوجب مهر المثل ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما

العبد عنده قبل التسليم اليه وبالتسليم اليه يتقرر الملك وبهذا التسليم لا يمتنع بالاسلام وان كان فيه تاكيد الملك في الخمر ولو اشترى خمرا وقبضها وباعها ثم اسلم سقط خيار الرد وان كان في سقوطه تاكد ملك الخمر فعلم ان الاسلام لا يمنع تاكد الملك قوله بخلاف المشتري متصل بقوله تتم بقبض العقد ولهذا يملك التصرف فيه بالبيع وغيره بخلاف المشتري لا تتم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه القبض فيه هو المفيد لملك التصرف والاسلام مانع منه فلذا راع الذمي الخمر والخنزير او اشتراها ثم اسلم ينفسخ البيع لامتناع افادة ملك فيهما مع الاسلام وخص التصرف في المهر قبل القبض من النهي عن بيع ما لم يقبض بالاجماع وظن بعض الفضلاء ان قوله في النهاية ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فقبض المشتري ناقل لضمان الملك وضمان المهر في يد الزوج ليس بضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها يناقض قول النهاية وبالقبض تتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وهو غلط وانما معناه ان بالهلاك في يد البائع يعود الى ملكه فاذا هلك على ملكه لا يضمن لاحد شيئا بل يسقط الثمن وهذا معنى قولهم يهلك المبيع في يد البائع بالثمن واما هلاك المهر في يد الزوج فليس هلاكا على ملكها بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المغصوب وبهذا صرح في النهاية به بعد قوله يهلك على ملكها بان قال ولهذا وجب لها القيمة قوله ولو طلقها قبل الدخول بها الخ في المعين لها نصفه عند ابي حنيفة رحمه الله وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير المتعة وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لانه اوجب القيمة فيتنصف وعند ابي يوسف رحمه الله وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف

باب نكاح الرقيق

الرقيق للعبد ويقال للعبد لما فرغ من نكاح الاحرار المسلمين شرع في بيان نكاح الارقاء والاسلام فيهم غالب فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم اولاه نكاح الارقاء ثم اولاد نكاح اهل الشرك واما ما تقدم من فصل النصراني فانما هو في المهر من توابع مهور المسلمين والمهر من توابع النكاح فاردفه تتمة له قوله لا يجوز نكاح العبد الا باذن سيده اي لا ينفذ فانه ينعقد موقوفا عندنا وعند مالك وفي رواية عن احمد ونسبه الى مالك في الكتاب ليس مذهبه وحاصل تقرير وجهه المذكور ملازمة بين الملكين شرعا فقد تبين بان من ملك شيئا ملك وضعه ويمنع بملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك اثباته شرعا على نفسه وكذا ملك التطيب ولم يملك اكل السم وادخال الموذي على البدن والاوجه بيانها بانه ملك الطلاق لانه من خواص الادمية فكذا النكاح ويجاب بما سنذكره والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود والترمذي من حديث جابر وقال حديث حسن والعاهر الزاني وفي السنن ايضا عن ابن عمر رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا نكح العبد بغير اذن مولاه فنكاحه باطل ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اما في العبد فتشتغل الذمة بالمهر والنفقة واما في الامة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح وبهذا التصرف في ماله بالافساد فلا ينفذ الا برضاه وبهذا يجاب عن المنسوب الى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح فالطلاق ازالة عيب عن نفسه بخلاف النكاح لا يقال يصح الاقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع ان فيه اهلاكه فضلا عن تعييبه لانا نقول هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع امرا ونهيا كالصلوة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيره الا فيما علم اسقاط الشارع اياه عنه كالجمعة والحج ثم هذه الاحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعا فقد اخرجه عن ملكه في ذلك الذي دخله فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجرا عن الفساد واعظم العيوب وكذا المكاتب ليس له ان يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في التصرف الكسبي فبقي فيما سواه على حكم الرق ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب اذ به يحصل المهر والنفقة للمولى والولد العبد والكونه من باب الاكتساب ملك الاب والجد والقاضي والوصي والشريك المفاوض تزويج الامة لا العبد لانه تنقيص للمالية وامة

ولذلك لأن الكتابة لو جنت ذلك لجرى في حق الكسب فيبقى حق النكاح على الرق وهذا لأن الملك تزويج عبده وتملك تزويج امته لأنه من باب الكسب وكذا الكتابة لأن ملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذلك المدبر وام الولد لأن الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه تعلق المهر دينا في رقبته يباع فيه لأن هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لما بينا لأن النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير مؤدى حكمهما أو من بعضهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها أو فارقها فليس هذا باجازة لأنه يحتمل الرد لأن رد هذا العقد متاركة يسع طلاقا ومفارقة وهو الذي حال العبد المتردد ويكون الحمل عليه أولى وان قال طلقها فطلقها فملك الرجعة لأن هذا اجازة لأن الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده

شيء بما تكلما والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الامة عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يملكون دائما بحر تزويج الكتابة نفسها الا بذكره

قوله وكذا الكتابة لأن ملك تزويج نفسها بغير اذن المولى وملك تزويج امتها لما بينا من بقاء ذات المكاتب على الرق والاكتساب الذي اوجب الكتابة اطلاقه لما اوجب خللا في ذات المملوكة والاكتساب بالنكاح انما يكون تمليك جزء منها بغير السيد اذ بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالارش ولان هذه المنفعة لا تزال ملكا بعد صحة الا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استرداد فك الحجر فيها واضافة ما الى زوال ملك الرقبة بجواز التعجيز والرد الى الرق فترد مملوكة البضع للغير ممتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد

قوله وكذا المدبر وام الولد يعني لا ينفذ نكاحهما الا باذن المولى وكذا ابن ام الولد يعني لو زوج ام ولده فجاءت بولد من الزوج فان حكمه حكم امه فارق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه واما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب وعندهما يجوز لانه حر مديون وهذا فرع مهم للتجار ربما يدفع لعبده جارية ليشتري بها ولا يجوز للعبد ان يشتري اصلا اذن له مولاه او لم يأذن لان حل الوطي لا يثبت شرعا الا بملك اليمين او عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطيه في عقد النكاح **قوله واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته** يباع فيه بخلاف ما اذا تزوج بغير اذنه فدخل بها ثم فرق بينهما فانه لا مهر عليه حتى يعتق لانه لم يظهر في حق المولى لعدم الاذن فيه وقوله يباع فيه اي ان لم يفده المولى وتقرير هذا ان دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه اما وجوبه فلمقتضى وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى للاذن واما كونه في رقبته فلاذن السيد ولدفع المضرة عن ارباب الديون يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة والى هذا اشار ان الدين انما ثبت في الذمة وشبوته فيها لا يتوقف على اذنه فانه لو باشر اتلافا ونحوه ترتب في ذمته فحين اذن ظهر الدين في حقه تعلق العبد نفسه مال فكان لهم ان يقبضوا من نفسه فعلى هذا يكون الاذن رفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد غير انه ان فداه المولى حصل المقصود والمقصد لذلك دفع المضرة عن ارباب الديون واذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقي بعد العتق وفي دين النفقة يباع مرة بعد اخرى لانها تجب شيئا فشيئا واذا مات العبد سقط المهر والنفقة ذكره التمرتاشي واذا زوج عبده من امته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد ومنهم من قال يجب ثم يسقط لان وجوبه لحق الشرع والاولون يقولون لا فائدة في هذا الوجوب لانه لو وجب لوجب في ماليته وهي للمولى **قوله والمدبر والمكاتب يسعيان** اذا لم يعجل لهما المولى فيؤديا ثم يعتقا الا ان عجز المكاتب فعاد في الرق فلا شيء في المهر **قوله** فقال له طلقها او فارقها فليس ذلك باجازة تزويج العبد نفسه بلا اذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على اذن المولى واذنه يثبت تارة صريحا وطورا دلالة فالصريح مثل ان يقول رضيت او اجزت او اذنت والدلالة ان يسوق لها المهر او بعضه وسكوته لا يكون اجازة ثم الفاظ اختلف فيها والفاظ اختلف في عدم اعتبارها مثل قوله هذا حسن او صواب او نعم ما صنعت او بارك الله لك فيها او احسنت او اصبت ولا بأس بها اختلف فيه قال الفقيه ابو القاسم ليس بشيء منها اجازة واختيار الفقيه ابي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد انه اجازة ما لم يعلم انه استهزاء انه اعرف في المسألة الكتاب وسموا اذا قال طلقها لا شك ان مقتضى حقيقة اللفظ فيها لا اجازة لان الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح صحيح لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر الى حال العبد وذلك ان ابتداء العبد على سيد وتمرده بمباشرة سبب تعيبه عليه يستوجب به زجره به قارن الفضولي المحض فانه معين والاجازة تنتهض سببا لامضاء تصرفه وعدم الغاية ولذا لو قال للفضولي طلقها كان اجازة عاريا هو الاوجه

تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا او دخل عبد اقنانه يباع في المصر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يؤخذ منه اذا اعتق
واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا اللفظ ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لانه خير فلا يكون
ظاهرا في حق المولى فيؤخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا الوحلف
لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك المتعة والولد ان اللفظ اذا اطلق فيجري
على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب العدة على اعتبار وجود الوطء

ولنا اولا ان المسئلة في البداية فضولي في الجملة واذا كان حال العبد ذلك فاذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يحتمل الرد والاجازة لاستوائهما
فيهما كان بلا حنة حال العبد ظاهرا في قصد الرد مالم يعلم قصد الاجازة تظاهر تقترن به او نص آخر مثل ان يقول طلقها تطليقة
تملك الرجعة او اوقع عليها الطلاق لان الايقاع والطلاق الذي تملك الرجعة بعده لا يقال ان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته
بخلاف طلقها فانه قد يقال للمتاركة العقد الفاسد طلاقا مجازا فصلت بهذه المسئلة متمسكا لابي القاسم ومن قال بقوله والجواب ان لفظ الطلاق
الجبر استعمل كثيرا في المتاركة العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الاجازة والرد بخلاف ما تقدم من نحو اخترت الخ
فانه لم يستعمل للامرين على السواء بل لظاهر منه الاجازة وحمله على الرد لا يتحقق الا بواسطة جعله استهزاء وهو وان كان النظر الى حال العبد لا ينافيه
لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لان حقيقته فعل الجاهلين ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم اتتخذنا هزوا قال اعوذ بالله ان اكون
من الجاهلين فتعارض الظاهران ويبقى نفس اللفظ بمفهوم يفيد الاجازة بلا معارض بخلاف مسئلة الكتاب فان نفس اللفظ يقال
للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب بصحة النكاح ولذا لم يستعمل المقيد اعني قوله طلقها تمنع الرجعة او اقع عليها في المتاركة جعل اجازة فوجب
ترجيح قول الفقيه ومن معه مالم يعلم قصد الاستهزاء لكن المصر لما لم يوجه الا بان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح افاد انه يثبت اقتضاء فيورث وعليه
طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبده كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا لا يتبع مع ان كلا منهما لا يكون الا بعد الحرية واجيب بان اثباتا الشرائط
التي هي صول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والاهلية للتحقق بالرق وليس ما نحن فيه كذلك لان النكاح ثابت للعبد بطريق الاصالة لشهوته
تبعا للآدمية والعقل وانما توقف لاستلزامه تعيب مال الغير فقوله طلقها رجعيا يتضمن رفع المانع اقتضاء لاثبات ملك النكاح بطريق الاصالة والحرية شرط
شرط العتق وقوله اعتق عبدك عني بالف يثبت به تحويل الملكية اليه لا اصلها في العبد وملكيته في العبد مرادا على ملكيته وعلى تقدير انا لا يحتاج
الى تكلف هذا السؤال وجوابه ولو اذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون اجازة فان اجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي اذا وكل فاجاز
ما صنعه قبل الوكالة وكالعبد اذا زوجه فضولي فاذن له مولاه في التزوج فاجاز ما صنعه الفضولي ولو باع السيد العبد بعد ان باشر بلا اذن
فلما شتري الاجازة وقال زفر يبطل وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على اجازة الوارث اما ان كانت امته فتزوجت بلا اذن ثم مات المولى
فورثها من يحل له وطيها بطل لطريان الحل الناجز على الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطيها كان ورثها جاحدا او امرأة او ابن المولى فكذلك لا يبطل
وطيها التوقف على اجازت الوارث وعلى هذا قالوا في امة تزوجت بغير اذن مولاها فوطيها الزوج فباعها المولى للمشتري الاجازة لانه لا يحل له
وطيها لان وطي الزوج يحرمها لانها صارت معتدة فاذا حاضت بطل العقد فيحل للمشتري ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء
لطريان الحل الثابت على الموقوف وقال زفر يبطل بالموت وبالبيع واصله لان الموقوف على اجازة الانسان تحتمل الاجازة من غيره وعنده لا لانه
انما كان موقوفا على الاول فلا يفيد من الثاني قلنا انما توقف على الاول لان الملك له لا لانه هو والثاني مثله في ذلك فالحاصل انه دائر مع الملك
فينتقل بانتقاله قوله ترجح اجازته الامة التقييد بالامة والاشارة اتفاقي فان الحكم المذكور جار في الحرة وغير المبيعة قوله واصله اي الخلاف
الاختلاف في ان الاذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والفاسد عنده وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على ان الاذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد وعلى ان
التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فالحقاه بالتوكيل بالنكاح لان علة الاصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الاعفاف وغيره وذلك بالصحيح وكذا لو حلف لا يتزوج

ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبد امديونا ماذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما ذكرنا والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين لسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة بمهر مثلها أسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج وللمولى ان يخدم امته ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم اراد ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح

ينصرف الى الجائز فلا يحنث بالفاسد لان المراد في المستقبل الحالف على الاعفاف وذلك بالصحيح بخلاف ما لو حلف ما تزوجت حيث يحنث بالفاسد لان المراد في الماضي القدر والحقه بالبيع بجامع ان بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة وذلك يكفي لتصحيح التعليم واجراء اللفظ على اطلاقه ينبغي على هذا انه يباع في المهر في الفاسد اذا دخل بها في عنده وعندهما لا وانه لا يجوز له تزوج اخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الاذن بالفاسد وعندهما له ذلك لان الاذن لم ينته بذلك **قوله** ومسئلة اليمين على هذه الطريقة اي طريقة اجراء اللفظ على عمومه ممنوعة والطريقة الاخرى ان العبد في النكاح يبقى على الحرية لانه من خواص الآدمية والحاجة الى اذن السيد ليثبت المهر في رقبته ليس غير فكانه قال له اذا قال تزوج اشغل رقبتك بمهر وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره وليست هذه الطريقة صحيحة لما سنذكر من ملك السيد النكاح وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لانه قد يعجز عن الامساك بالمعروف لتباين الاخلاق وغير ذلك فالمعول عليه طريق الاطلاق ويجاب عن مسئلة اليمين بان الايمان مبنية على العرف والعرف فيه الحلف على الترويج الذي هو طريق الاعفاف والتحصين وهو الصحيح لا الاعفاف بالفعل فيطل ما يقال الاعفاف باطني لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحالف عليه والله اعلم **فروع** الاول تزوج العبد بلا اذن فطلقها ثلاثا ثم اذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند ابي حنيفة ومحمد ومع الكراهة عند ابي يوسف ره الثاني زوج بنته من مكاتبه ثم مات الاب لا يفسد النكاح عندنا الا ان عجز ورد في الرق وعند الشافعي ره يفسد للحال لملك زوجته شيئا منه ولذا يصح اعتاقه اياه وبدل الكتابة لما قلنا لم يملكه لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ما لم يعجز وعند ذلك قلنا لفساد النكاح وانما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة وانما التحق فيه فلانه يبرأ عن بدل الكتابة اولا ثم يعتق الثالث اذا اعتق عبد بجبرية امته فتزوجها على انها حرة فولدت فالولد عبد عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وعند محمد حر بالقيمة كالمغرور الحر **قوله** ومن زوج عبد ماذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة الغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل او اقل فلو زوجها باكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض وهذا لوجود المقتضي وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع ويحال من انه ابطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لان النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت الملك ثم يثبت المهر حكما له بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الاهل في المحل ثم تلزمه بطلان حقهم في مقداره اذا كان مهر مثلها او اقل لخصوص امر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال اللازم في نفس الامر وكان ضمنيا فلا يعتبر في اثباته وفيه الاحال المتضمن له لا حاله وصار كالمريض المديون اذا تزوج امراة صح وكانت اسوة غرماء الصحة لما ذكرنا **قوله** ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها وكذا اذا زوج ام ولده ومدبرته وان شرط الزوج التبوية لانه شرط لا يقتضيه العقد على الامة غير ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ومعنى التبوية ان يدفعها للزوج ولا يستخدمها فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوية وعند الشافعي ره واحمد ره يستخدمها نهارا وليسلمها للزوج ليلا وعند مالك ره يسلمها ليلة بعد ثلث قلنا ملك السيد ثابت في الرقبة ليلا ونهارا وفيما بعد الثلث والتبوية ابطال له فيكون ابطال الحق الاعلى بالادنى وقد ام السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوية بل بمجرد اطلاق وطيه اياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه وبهذا القدر ثابتة فاثبات القسم كذلك اثبات بلا دليل لا يقال للملك منافع بضعها لزمه تسليمها لانا نقول التسليم بالتحلية والتبوية امر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها واذا بوأها ثم بدا لان يردها الى خدمته كان له ذلك وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج وكلما اعادها سقطت فان قلت ما الفرق بين ان يشترط الزوج التبوية فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوية وبين ان يشترط الحر المتزوج بامته رجل حرية اولاده حيث يلزم في هذه وتثبت حرية اولاده منه

قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك النكاح بخلاف انه مالك لانه منافٍ بوضعه فيملكها ولنا ان النكاح اصلاح ملكه لانه من مقتضياته عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه لاعتبار اباحته بخلاف الكتابة لانها انتحاب اباحة الوطء فانها تشترط رضاها

من اولاده وهذا ايضا شرط لا يقتضيه نكاح الامة فالجواب ان قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة حيرا من غير اختيار بخلاف اشتراط التدبير فانه بتعليقها لا يتقيد عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فاذا امتنع لم توجد فالحاصل ان المعلق ههنا وجد يجب الايفاء به غير انه لم يف به لا ثبت متعلقه اعني نفس الموعود به ولو طلقها بائنا وهي مبوأة تجب لها نفقة العدة ولو لم تكن مثبوتة من الابتداء او طلقها بعد رجوع السيد الى استخدامها لا تجب والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة اذ لم تحبس نفسها ظلما

فرع ولو جاءت الامة بولد فنفقته على مولى الامة لانه مملوكه لا على الاب **قوله** قال اي صاحب الهداية ذكر اي محمد تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما اي لم يشترطه وهذا يرجع الى مذهبنا ان المذهب ان للمولى اجبارهما اي ان يعقد لهما فينعقد عليهما عالما ورضيا او لا كاجبار المولى الصغيرة على ما سلف وعند الشافعي لا اجبار في العبد بل في الامة وهو رواية ذكرها عن ابي حنيفة رحمه صاحب الايضاح والطحاوي عن ابي يوسف وجعلها البوبري رواية شاذة للشافعي وجهان احدهما انما يتناول له النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فينفي كالاجنبي وكتزويجه مكاتبته ومكاتبته بخلاف امته يملك ما يتناوله فيملك تمليكه ثانيهما انه لا يفيد اذ للعبد التطليق في الحال فلا يحصل المقصود ونحن نقول مناط نفاذ انكاحه عليه ملكه المقتضي لتمكنه من اصلاحه ودفع اسباب الهلاك والنقصان عنه وفي تزويجه ذلك لانه طريق تحصينه عن الزنى الذي هو طريق الهلاك او النقصان به ادنى مالية لتعيبه فانما جعل مناط ملك ما يتناوله النكاح وانها علة مساوية ينتفي بانتفائها الحكم فباطل لانها منتقضة طردا في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكسا بالمولى لا يملكه من مولية ويملك تزويجها وانما نفي الفائدة فظاهره الانتقار بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين احدهما ان عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو اليه فالظاهر عدم طلب قطعه والثاني ان حشمة السيد في قلب عبده وامته من اجترائه عليه بالمبادرة الى فسخ بافعله وكان الظاهر وجود الفائدة لا فيهما واما الامة بالمكاتب والمكاتبة فمع الفارق لانهما التحقا بالاحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليها الا برضاها وعن هذا استطرفت مسئلة نقلت من المحيط هي ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على الكتابة ثم انها لو لم تزوجها حتى ادت فعتقت يبقى النكاح موقوفا الى اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة فاعتبر التوقف على اجازتها في حال قرارها ولم يعتبر بعد العتق بكذا توارد الشارحون والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على اجازتها بعد العتق بل يجبر وعتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من انها اذا تزوج العبد بغير اذن سيدها فاعتقه نفذ لانه لا توقف فاما على اجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته واما على العبد فلا وجه له لانه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولانه كان نافذا من جهتها انما توقف على السيد فكذا السيد ههنا فانه ولي مجبر وانما التوقف على اذنها العقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين وهذا بخلاف الصبي اذا زوج نفسه بغير اذن وليه فانه موقوف على اجازة وليه فلو بلغ قبل ان يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لان العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته اذ لا نفاذ حالة الصبي وعدم اهلية الرأي بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة والحاصل ان الصغير والصغيرة ليسا من اهل المبارة بخلاف البالغ وسيأتي زيادة في ذلك واما الاستدلال بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقدرة البطال امضاه سيده شتى

قال ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهر لمولاها عتبارا بما لو قتلت نفسها وهذا لان القتل موت بأجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في احكام الدنيا حتى يجب الكفارة عليه واذا تزوج امته فلا اذن في الغزل للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله

فيكون منتفيا فضعيف لان المراد والله اعلم على شئ من المال ليساقه في مقابلة ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون والقطع بانه يملك الطلاق وهو شئ ليس بمال قوله ومن زوج امته ثم قتلها الخ السيد في تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل المكاتبة وفي تزويج امته هو المستحق لها فلو قتلها قبل الدخول سقط عند ابي حنيفة رح عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه وقالا لا يسقط والاتفاق على عدم سقوطه بقتله اياها بعد الدخول وبقتل اجنبي وقتل المولى زوجها وموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله ولو مات حتف انفها لم يسقط بل يتقرر بالموت اذ به ينتهي التقدر وبانتهاء العقد يتقرر البدل فلا يسقط بقتله اياها بعد لزومه وكقتل الاجنبي اياها ولابي حنيفة رح انه منع المبدل قبل التسليم والتسلم فيجازى بمنع البدل اذا كان من اهل المجازات كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول او قبلت ابن الزوج والقتل وان كان موتا لكنه جعل في احكام الدنيا اتلافا حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وان كان قد اعلمناه وقد ثبتت احكامها كذلك في حق المولى حتى لزمته الكفارة في الخطاء وانما سقطت الدية والقود للاستحالة ولهذا لو كانت الامة رهنا عند انسان فقتلها سيدها الراهن ضمن قيمتها للمرتهن ولو لم يكن من اهل المجازاة بان كان صبيا زوج امته او صبية مثلا فالواجب ان لا يسقط في قول ابي حنيفة رح بخلاف الحرة الصغيرة اذا ارتدت ليسقط مهرها لان الصغيرة العاقلة من اهل المجازاة على الردة بخلاف غيرها من الافعال لانها لم تتحقر والردة محظورة عليها الا ان الامة خلاف روايته في ردتها واختلف المشايخ قيل لا يسقط لان المنع هو المسقط لم يجئ من قبل الحق وهو المولى وقيل يسقط لان المرتجب اولا لها ثم ينتقل الى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف اليه وحاصل الخلاف الاختلاف في وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقي وجوبه السابق على حاله قوله وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها فلها مهر مثلها يستحقه ورثتها خلافا لزفر وله لم يتحقق خلاف زفر في المبسوط بل خلاف الشافعي وهو قول آخر له السقوط وانما قيد بالحرة لان في قتل الامة نفسها روايتين عن ابي حنيفة رح في رواية لا يسقط كالحرة بل اولى لان المهر لمولاها لا لها وهو لم يباشر منع المبدل وهو قولهما وقول مالك رح وقول الشافعي رح في رواية يسقط وهو مذهب الشافعي رح لان فعل المملوك يضاف الى مالكه في موجبه ولهذا لو قتلت غيرها كان المخاطب بدفعها او فدائها المولى وكان في الحكم كقتل المولى لها والاوجه ما ذكرنا في وجه قول من قال من المشايخ في ردتها بالسقوط وهو ان المهر يجب اولا لها ثم ينتقل الى المولى وفائدة الاولوية ما ذكرنا انه اذا كان عليه دين قضي ولم يسقط للمولى الا ما فضل لزفر القياس على ردتها بالاتفاق وقتل المولى امته على قول ابي حنيفة رح والجامع بين المقيس عليه وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها ما بيناه من منع المبدل قبل التسليم ولنا ان جناية المرء على نفسه هدر في احكام الدنيا انما يواخذ به في الآخرة ولذا قال ابو حنيفة رح ومحمد رح في قاتل نفسه يغسل ويصلى عليه ولم يعتبره باغيا على نفسه بخلاف ردتها فانها معتبرة في احكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانفسخ نكاحها فسقط بها المهر بخلاف قتل المولى امته لانه اعتبر في احكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة ولو سلم فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها واما الامة فمهرها ملك المولى فكان فعلها ابطالا لا حق نفسه وهو يملكه كمن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا يجب قيمته ولو قال الحر اقتلني فقتله كان على القاتل الدية لانه في الاول بحق نفسه وفي الثاني مبطلا لحق الورثة واستكمل بالحرة ليقتلها وارثها لا يسقط المهر اجيب بانه صار محرما بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلا حق نفسه في المهر قوله واذا تزوج امته فلا اذن في الغزل الى المولى عند ابي حنيفة رح الغزل جائز عند عامة العلماء وكرهه قوم من الصحابة رض الله عنهم لما في مسلم من حديث عائشة رض عن جذامة بنت وهب اخت عكاشة قالت حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناس فسألوه عن الغيل فقال لقد هممت ان انهى عنه

فتح القدير معه العناية ٣

وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن لها لان الوطي حقها حتى ثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص
حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية
ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا افارق الحرة

الفقي وكذا ذكر شعبة عن عاصم عن زرعة وصح عن ابن مسعود رضي الله عنه قال هي الموؤدة الصغرى وصح عن ابي امامة انه سئل عنه فقال ما كنت اري مسلما
يفعله وقال نافع عن ابن عمر رضي الله عنه ضرب عمر على العزل بضع بنيه وعن عمر وعثمان رضي الله عنهما كانا ينهيان عن العزل والصحيح الجواز ففي الصحيحين عن جابر كنا
نعزل والقرآن ينزل وفي مسلم كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا وفي السنن عن ابي سعيد الخدري
ان رجلا قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لي جارية فانا اعزل عنها وانا اكره ان يحمل وانا اريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث ان العزل الموؤدة الصغرى
قال كذبت يهود ولو اراد الله ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه وفي صحيح مسلم عن جابر قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان عندي جارية وانا اعزل
عنها فقال صلى الله عليه وسلم ان ذلك لا يمنع شيئا اراده الله تعالى فجاء الرجل فقال يا رسول الله ان الجارية التي كنت ذكرتها لك قد حملت فقال صلى الله عليه وسلم
انا عبد الله ورسوله لم تسمع الاحاديث ظاهرة في جواز العزل وقد روي عن عشرة من الصحابة علي وسعد بن ابي وقاص وزيد بن ثابت وابي ايوب
وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وابي سعيد الخدري وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وروي ايضا عن ابن عباس رفعه وحديث السنن يرفع حد
ثبات ... وان كان في السنن فحديث صحيح وان وقع فيه اختلاف عن يحيى بن ابي كثير فقيل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر وقيس بنيه
عن ابي ... قيل عن رفاعة وقيل عن ابي سلمة عن ابي هريرة فان الطرق كلها صحيحة ويجوز ان يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل
... ان يقال ... انما ... صحيح حديث جذامة لانه يخرج عن الاصل اعني الاباحة الاصلية الا ان كثرة الاحاديث تدل على اشتهار خلافه
... على انها الموؤدة ... تمر عليها السارات السبع اسند البوصيلي وغيره وعن عبيد بن رفاعة عن ابيه قال جلس ابي عمر على المنبر والزبير
... من اصحاب ... فتذاكروا العزل فقالوا لا بأس به فقال رجل منهم انهم يزعمون انها الموؤدة الصغرى
... على انها تكون موؤدة ... عليها السارات السبع حتى تكون سلالة من طين ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ثم تكون مضغة ثم تكون عظاما
... ثم تكون ... فقال ... الله الخالق ... وقد ... الله ... وفيه خلاف ما عن علي وعمر رضي الله عنهما من المنع المتقدم ثم في بعض اجوبة المشايخ الكراهة وفي
... على الجواز في ... تقتضي الاذن في زوجته الحرة يقتضي الاذن في رضاها وفي منكوحة الامة يقتصر الى الاذن والخلاف في انه للسيد او لها
... في ... من الولد السوء في الحرة ليس العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الاعذار مسقطا او
... ذكر ... الشهيد والتمابي وفي بعضها وعن ابي يوسف ومحمد رواه وهي النسخة الصحيحة لانه
... في ... الجامع الصغير انه لمولاها من غير حكاية خلاف وبقرينة قوله في وجه قول ابي حنيفة ترد وجه ظاهر الرواية
... ان الوطء ... ان ... ولي العزل يتقيضه فيشترط رضاها به كالحرة وجه الظاهر ان حقها في نفس الوطء قد ادى
... فان ... الشهوة ... الولد الحق به لمولاه لانه عبده ومستفاده فيشترط اذنه ثم اذا عزل باذنه او بغير اذنه ثم ظهر بها
... ان ... ان ... قبل العود حل لغيبة وان لم يعلم لا يحل كذا روي عن علي رضي الله عنه لان بقية المني في ذكره يسقط فيها ولذا
... ان ... قبل البول ثم بال فخرج المني وجب عليه اعادة الغسل في فتاوى قاضيخان رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل
... ان ... ليس منه كان في سعة منه وان كانت محصنة لا يسعه لانه ربما يعزل فيقع الماء في الفرج الخارج
... على ان ... الوطء ... للمولى او لها على الخلاف وهل يباح الاسقاط بعد الحبل يباح ما لم يتخلق شيء منه ثم

وان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل يملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به وكذا نزداد للملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فيملك رفع اصل العقد فيما للزيادة ولذلك الكتابة يعني

موضع قالوا او لا يكون ذلك الا بعد مائة وعشرين يوما وهذا يقتضي انهم اراد وا بالتخليق نفخ الروح والا فهو غلط لان التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة

قوله واذا تزوجت امته باذن مولاها او زوجها هو برضاها او بغير رضاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا اما اذا زوجت نفسها بغير اذنه ثم اعتقها فياتي انه ينفذ النكاح بالاعتاق ولا خيار لها والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا فلا خيار لها وهو قول مالك ومنشأ الخلاف الاختلاف في ترجيح احدى الروايتين المتعارضتين في زوج بريرة فكان حين اعتقت حرا او عبدا وفي ترجيح الاول المعلل به اما الاول فمتفق في الصحيحين من حديث عائشة رضوان النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبدا رواها القاسم ولم تختلف الروايات عن ابن عباس رضي الله عنه كان عبدا فثبت في الصحيحين انه كان حرا حين اعتقت وهكذا روي في السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح والترجيح يقتضي في رواية عائشة رضي الله عنها ترجيح انه كان حرا وذلك ان رواة هذا الحديث عن عائشة رضي الله عنها ثلثة الاسود وعروة والقاسم فاما الاسود فلم يختلف فيه عن عائشة رضي الله عنها انه كان حرا واما عروة فعنه روايتان صحيحتان احداهما انه كان حرا والاخرى الشك ووجه آخر من الترجيح مطلقا لا يختص بالمروي فيه عن عائشة رضي الله عنها وهو ان رواية خيرها صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا يحتمل كون الواو للعطف فيه للحال وحاصلها انه اخبار بامرين وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها هذا بعد احتمال ان يراد بالعبد المعتق مجازا باعتبار ما كان وهو شائع في العرف والذي لا مرد له من الترجيح انه رواية كان حرا نص من كان وعبدا لما قلنا وتثبت زيادة فهي اولى ايضا فهي مثبتة وتلك نافية لما علم بانه كان حالة الاصلية الرق والشافي هو المثبت هو المخرج عنها واما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعي رده وغيره عتبوه عدم الكفاءة وهو ضعيف فان شبوتها انما يعتبر في الابتداء لا في البقاء الا ترى انه لو اعتبر الزوج في البقاء وانتفى نسبه لا يثبت لها الخيار واصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها لانها كانت بحيث تخلص بثنتين فازداد الملك عليها وهذا من رد المختلف الى المختلف فان الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء وكانه اعتمد على اثبات الاصل المختلف فيه واورد انه دفع ضرر باثبات ضرر وهو رفع اصل العقد واجيب بانها لا تتمكن الا به مع انه رضي به حيث تزوج امته مع علمه بانها قد تعتق ثم انه استضعف بان عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملكه الثالثة يستلزم طولها فقد تطول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بان لا يطلقها اصلا الى الموت فلا ضابطة لذلك وتارة بعلة منصوصة وهي ملكها بضعها روى ابو بكر الرازي بسنده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لها حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري وروى ابن سعد في الطبقات اخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن ابي عبيد عن عامر الشعبي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت اذهبي فقد اعتق بضعك منك فاختاري وهذا مرسل وهو حجة واخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت اذهبي فقد اعتق بضعك منك وليس لقوله ذلك فائدة فيما يظهر الا التنبيه على ثبوت اختيار ما نفسها وقد جاء في بعض طرق حديث بريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لها ملكت نفسك فاختاري فقد تظافرت هذه الطرق على هذه العلة واذن فالواجب ان تكون هي المعتبرة ويكون ما ذكروه من التعليل بزيادة الملك اظهار حكمة هذه العلة المنصوصة ومقتضاها ثبوت الخيار لها فيما اذا كان زوجها حرا او عبدا وفيما اذا كانت مكاتبة عتقت او ادى الكتابة لبقاء زوجها سيدها برضاها او غيره وخالف زفر ره في المكاتبة وهي المسئلة التي تلي هذه في الكتاب واستدل بان العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ولو صح لزم ان سيد الامة لو زوجها برضاها وشاورته في ذلك ان لا خيار لها وليس بصحيح والاوجه في استدلاله ان النص لم يتناولها وهو قوله لعمر ملكت بضعك فاختاري

اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها لان العقد تم عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار لها لانه لا يتبدل رضاها ولنا ان السلطنة ازدياد الملك وقد وجد لها في الكتابة لان عندها قران وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم عتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال وكذا خيارها لان النفوذ بعد العتق فلا تحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا المعنى وجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لان العقد قد انعقد

لانكتابته كانت مالكة لبضعها قبل العتق واجيب بالمنع لان ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة نفسها وانما كانت مالكة لاكسابها ويقابل ان يقول قوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك ليس مناه الا منافع بضعك اذ لا يمكن ملكها العينه وملكها لاكتسابها تبع لملكها المنافع نفسها واعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص وترجح قول زفر في المبسوط لو كانت حرة في اصل العقد ثم صارت امة بان ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب سبيا معا ثم عتقت فلها الخيار عند ابي يوسف رح لانها بالعتق ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها وقال محمد رح لا خيار لها لان باصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقض الملك بعارض الرق فاذا عتقت عاد الملك الى اصله كما كان فلا يثبت الخيار لها **قوله** وان تزوجت امته بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح اي نفذ بحر والعتق ولا فرق بين الامة والعبد في هذا الحكم وانما فرضها في الامة لتترتب عليها المسئلة التي تليها تصريحا وعن زفر وه انه يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن البقاء موقوفا على اجازته بعد بطلان ولايته واذا بطل تنفيذه وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة اذ لا واسطة وصار كما اذا اشتريت ثم اعتقته يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم امكان القسمين وقلنا ان الامة والعبد من اهل العبارة ولذا صح اقرارهما في الديون ويطالبان بعد العتق والبينة للعبادة من خواص الادمية وهي سبقات فيهما على اصل الحرية وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال فنفذ من جهتها ويجب ان ينفذ من جهة المولى دام حقه فاذا زال بقي النفاذ من غير جهته توقف واما البطلان فما ذكر فليس بشيء كما قال بل النسوم تحول حكم العقد الواحد فانه العقد موجب الملك للمولى لو نفذ بعد عتقها كان موجبا الملك لها فاذا تعذر اعمال التقض يصير كما لو تزوج بغير اذن مولاه ثم اذن لا يجوز ذلك النكاح حتى يجدد ما صنع واما اذا زوج فضولي شخصا ثم وكله توقف على اجازة الفضولي بعد الوكالة واما اذا زوج ولي البلوغ مع وجود الاقرب ثم غاب الاقرب او مات فتحولت الولاية الى المزوج توقف على اجازة مستانفة منه وكذا يسقط الكتابة الصغيرة اذا زوجها الاذنها توقف على اجازتها فان اذن عتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة مستقلة من السيد مع انه المزوج اجيب عن الاول والثاني بان الاذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة الى ما يستقبل من وقتها فلا يملكان فيما يتبعها قبلها وكان مقتضى هذا ان لا يجوز بالاجازة ايضا الا انا استحسنا زياده وعن الثالث بان الابعد لم يكن وليا حين زوج ومن ليس وليا في شيء لا ينافي شيئا من النظر في عواقبه ويحكم الراي فيه بل شوافي انكالا على راي الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصح ظاهرا فيجب توقيفه على اجازته بعد صيرورته وليا ليثبت ظهور كونه اصلح قال في الفوائد الظهيرية وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع يعني سيد المكاتبة الصغيرة وقد يفرق بان الولي الابعد انما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره فيه لاعتماده على راي الاقرب اما ههنا فلا يتجه اعتماد المولى على راي الصغيرة فيتركل النظر فكان الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والنسبة الخاصة من غير ما يوجب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه من النظر ووعدناه من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ **قوله** ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق وخيار العتق انما شرع في نكاح نافذ قبل العتق لرفع زيادة الملك فلا يتحقق زيادة لذلك واورد ينبغي ان يثبت لها الخيار لان بالاستناد يظهر ان النفاذ قبل العتق والجواب ان الشيء يثبت ثم يستند وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار معه **قوله** فان كانت تزوجت على الف ومهر مثلها مائة فانه نص على زيادة المسمى على مهر المثل فالجواب على التفصيل ان دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لانه استوفى منافع مملوكة له او بعده فلها لانه استوفى منافع لها وكان يتبادر ان في الوطء قبل العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية رح فكان وطؤها في نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يحل الوطء فيه فوجبت قيمة البضع المستوفى

العتق

باستناد النفاذ فلا يجب الا مهر واحد لوطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له عليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب وجوبه ان له ولاية تملك ماله بنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء حيوان الحاجة الى بقاء نسله دونها الى بقاء نفسه فانها تتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرط له اذا لصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديم فتبين ان الوطئ يلاقي ملكه فلا يلزم العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة

منافعه المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل والزيادة انما تثبت باعتبار صحة التسمية وهذا التوجيه على اعتبار عدمها واثباتها بهذا الاعتبار ليس الا مهر المثل وهو كله للسيد ثم اذا اعتقت ووطئت يجب المسمى لها لانه صح بصحة العقد فيجب مهران المسمى ومهر المثل لكن انهدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لان النافذ ليس الا ذلك العقد وحين صح العقد لزم صحة التسمية ويلزمه بطلان لزوم مهر المثل لانه لا يجب معه لا يقال فيجب ان يكون المهر في الوجهين لها لانه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد لانا نقول الاستناد يظهر في القائم لا في الفائت ومنافع البضع فائت فحين فاتت كانت على ملك المولى فكان بدلها له وقد يورد فيقال لو استند الى اصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها حتى اعتقها وهو معزل عن صورة المسئلة فانها النفاذ بالعتق وبه يملك منافعها بخلاف النفاذ بالاذن والقائم بذا اذا كانت الامة كبيرة فان كانت صغيرة فاعتقها يبطل النكاح عند زفر وعندنا يتوقف على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة سواه فاذا اجاز جاز فاذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ الا اذا كان المجيز ابا او جدا وقد منا في باب الاولياء انه يستغنى بخيارها الادراك عن خيار العتق لانه المنجز **قوله** ولهذا اي الاستناد بالاستناد ولم يجب مهر خر اي مهر المثل بالدخول في نكاح موقوف وقد ذكرناه **قوله** من وطئ جارية ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب وليس عبدا ولا مكاتبا ولا كافرا ولا مجنونا فان كان الاب واحدا من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية ولو افاق المجنون ثم ولدت لاقل من ستة اشهر صح استحسانا لا قياسا ولو كان من اهل الذمة الا ان ملتهما مختلفة جازت الدعوة من الاب ويشترط ايضا كون الامة في ملك الابن من وقت العلوق الى الدعوة فلو جلت في غير ملكه او فيه واخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لان الملك انما يثبت بطريق الاستناد الى وقت العلوق فيستدعي قيام ولاية التملك من حين العلوق الى التملك فلا يشترط في صحتها دعوى الشبهة ولا التصديق الابن ودعوة الجد لاب كالاب والاصح دعوة الجد لام انقاذا وشرط دعوة الجد لاب ان يكون حال عدم ولاية الاب لموت وجنون او رق او كفر وان تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو انتت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته لما قلنا في الاب **قوله** وجهه اي وجه هذا المجموع ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى بقاء نفسه لما سنذكره وكذا الى صون نسله لان كنفسه اذ هو جزؤه لكن الحاجة الى ابقاء النفس اشد منها الى حفظ النسل فلذا يتملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة ويحل له الطعام عند الحاجة ولا يحل له وطئ جارية ابنه عند الحاجة اليه عند الائمة الا ما نقل عن مالك بن انس وابن ابي ليلى ويجبر الابن على الاتفاق عليه دون دفع الجارية اليه للتسري فللحاجة جازله التملك وتقوم ثانيا عليه القيمة مراعاة للجانبين وتحصيلا للمقصودين من مقصود الاب والابن اذ البدل يقوم مقام المبدل ولا مهر عليه وهو مهر مثلها في الجمال اي ما يرغب فيه في مثلها اجمالا لا نقطا واما ما قيل ما يساويها جريا مثلها للمزني لو جاز فليس مساويا بل العادة انما يوطئ لذلك اقل مما يوطئ مهرا لان الثاني للبقاء يخلاف الاول والعادة زيادة عليه خلافا لزفر والشافعي فانهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبل الوطئ شرط الصحة الاستيلاد عندنا وعنده قبيل العلوق لان ثبوته ضرورة صيانة الولد وهي مندفعة باثباته كذلك دون اثباته قبل الوطئ قلنا لازم كون الفعل زنا ضياع الماء المحترم فلو لم يقدم عليه يثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعي والا فالملزوم فظهر ان الضرورة لا تندفع الا باثباته قبل الايلاج بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الاب والابن او غيره تجب حصة الشريك الابن من غير ومن العقر وقيمة باقيها اذا حبلت لعدم تقديم الملك في كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل اذ ما فيها من الملك له يكفي لصحة الاستيلاد واذا صح ثبت الملك في باقيها حكما له لاشتراطه ثم مقتضى قوله ان لا يجب

في الفقه على مذهب ابي حنيفة رحمه الله

قال ولو كان الابن قد وجها اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزويج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله خلصها عن ملك الاب لانه لا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن الحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب له وكان قال ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة وعليه المهر لا للزامه بالنكاح وولدها حر لانه ابن فلا تصير ام ولده ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وقال زفر رحمه الله لا يفسد النكاح ويقال له ملكه اخوه فتق عليه بالقرابة قال واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصله ان وقع العتق عن الامر عند نا حتى يكون ولاؤه له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه في

ولو كان العتق عتى ولم يسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا للتصرف ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه فاطعم ان الهبة من شرطها القبض فالتحق بالنصف فلا يملك استلاحه ولا اتلافه اقتضاء لانه فضل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرع في تلك المسئلة الفقير بنوب العرف والقبض اما العبد فلا يقع في يده شئ لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما او ترافعا اليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين لانه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله لان الخطاب عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم اعراضا لا اقرارا فاذا ترافعوا او اسلموا او الحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه ولم يلتزموا احكاما بجميع الاختلافات

ثبوت اللزوم فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف وامره باعتاقه عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ضمنا للاعتاق الصريح الواقع جوابا واعلم انه لو صرح بالبيع فقال بعتك واعتقته لا يقع عن الآمر بل عن المامور فيثبت البيع ضمنا في هذه المسئلة ولا يثبت صريحا كبيع الاجنة في الارحام وهذا لان الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشرط العتق الاهلية بالملك والعقل وعدم الحجر وهو ثابت في المامور فاذا صرح به يثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم الا بالقبول ولم يوجد فيتوقف عن نفسه **قوله** ولو قال ما تقدم كان اذا ذكر ما لا مع الامر فلو اقتصر على قوله اعتقه عني فضمن المامور فضمان يسير لا يقع عن الآمر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره وان يطعم عنه فضمن يسقط عن الآمر مع انه لا قبض هنا منه وعندهما عن المامور وحاصل وجههما ان فيه شرطا لا يمكن اثباته اقتضاء وهو القبض لانه فعل حسي غير القول والفعل الحسي لا يوجد في ضمن القول ففعل اليد الذي هو الاخذ لا يتصور ان يتضمنه فعل اللسان فيكون موجودا بوجوده بخلاف القول فانه يضمن ضمن قول آخر ويتصور مرادا بالحقه وهذا ظاهر وقول ابي اليسر قول ابي يوسف اظهر لانه لا يظهر بخلاف ما قاس عليه لان الفقير يكون نائبا عن الآمر فيكون قابضا له ثم بالاستيفاء يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شئ بالعتق ليمكن اعتباره قابضا نيابة او لان العتق تتلف مالية

باب نكاح اهل الشرك

لما فرغ من نكاح المسلمين بمرتبته من الاحرار والارقاء شرع في بيان نكاح الكفار مطلقا كتابيين او غيرهم وهو المراد باهل الشرك اما تغليبا واما نظرا الى ان اهل الكتاب داخلون في المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقدمناه في فصل المحرمات واما اطلاقا للشرك عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله تعالى الله تعالى رب العزة والكبرياء وقدمنا انه انما اعقب باب المهر بفصل مهور الكفار تتميما لباب المهر تبعا واعلم ان كل نكاح صحيح في حق المسلمين فهو صحيح اذا تحقق بين اهل الكفر لتقاطر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك ولا تصح انكحتهم بناء على تناول الخطاب العام اياهم مع ملازمتهم انكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين واستشكله بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافرة لعدم اشتراط الشهادة في العقد عندهم قال ولو قلنا انها شرط فاذا عقده جماعة من المسلمين ينبغي ان يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة وقال فينبغي ان يقال ما صادف شروط الصحة فهو صحيح وما لا فاسد ويدل لنا قوله تعالى واذ ابتلى ابراهيم ربه بكلمات فاتمهن وقوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح واسلم فيروز على اختين فقال له صلى الله عليه وسلم اختر احديهما واسلم ابن غيلان على عشر فقال له صلى الله عليه وسلم امسك اربعا الحديث ومن حين ظهرت دعوته صلى الله عليه وسلم والناس يتوارثون الاسلام الى ان يتوفى صلى الله عليه وسلم على ما قيل عن سبعين الف مسلم غير النساء فلم ينقل قط ان اهل بيت جددوا انكحتهم بطريق صحيح ولا ضعيف ولو كان لنقضت العادة بنقله فعلم انه قول باطل **قوله** واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما او ترافعا اليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين اي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر الا انا لا نتعرض لهم قبل الاسلام او المرافعة الى الحكام فالواو بمعنى او وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول وهو النكاح بلا شهود كما قال ابو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني وهو ما في عدة كافر كما قال زفر والحاصل ان الخطابات عامة على ما مر في فصل الذي يذيل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعدم المخاطبات وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا او الحرمة قائمة وجب التفريق لقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولهما وهو الفرق ان نكاح المعتدة مجمع على بطلانها عندنا وكانوا ملتزمين لها على ما مر هناك ايضا من ان مذهبهما

ولا يجب نفقته ان لم تمكنه لانه لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا اصر النكاح فحالة المرافعة واما اسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيهما ولذا العدة لا تنافيهما كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فاذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندنا كما ذكرنا في المعتدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده لما حكم الصحة في الصحيح لان الحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم اسلم احدهما يفرق بينهما ومرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما يبطل مرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده واما اعتقاد المصر بالكفر كاعتراض سلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يبقى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما

ان اهل الذمة التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات وبهذا التقييد لم يثبت افادانهم التزموا المجموع عليه في ملتنا لا مطلقا قوله ولا يجب نفقته ان الحرمة اي حرمة النكاح لغير شهود ونكاح المعتدة لا يمكن حقا اثباتها للشرع اي الشارع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت الكتابية تحت مسلم طلقها فانها تجب العدة حقا له لانه يعتقده فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها واذا صح النكاح حال صدوره فحال المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها بل في ابتداء العقد لصحته وكذا العدة لا تنافيها اي لا تنافي حالة بقاء العقد كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع وجوبها وحرمتها عليه بهذا التقرير يفيد ان العدة لا تجب اصلا عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لانه انما يكمل في العدة والاثبات نسب ولدها اذا اتت به بعد الطلاق لاقل من ستة اشهر وبه قالت طائفة من المشايخ وقيل تجب عنده ولكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تجويز الامة في حال قيام وجوبه على السيد وقيل الاليق الاول لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون وفيه نظر لان تركهم تجويز اعن العذر لعقد الذمة لا يستلزم صحة ما تركوا واياه كالكفر تركوا واياه وهو الباطل الاعظم ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة لجواز ان يقال لا تجب واذا علم من له الولد بطريق آخر وجب الحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح وجحدها به لاقل من ستة اشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلحق به وهم لم ينقلوا عن اجنبية وثبوته ولا عدمه بل اختلفوا ان قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك او لا فلا ولنا ان نقول بعدمها وثبت النسب في الصورة المذكورة وفي المبسوط ان الخلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة او الاسلام والعدة قائمة اما اذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالاجماع ثم هنا نظر ان الاول مقتضى توجيه اجنبية رد ان الكفار لا يخاطبون بالمعاملات وهو خلاف ما ذكره المشايخ في الاصول من ان الاتفاق على انهم مخاطبون بها في احكام الدنيا والمسئلة ليست بمحفوظة عن المتقدمين وانما استنبطها مشايخ بخارى من بعض تصريحاتهم كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم اسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك والعراقيون على انهم مخاطبون بالكل وانما قلنا انه خلاف لان النكاح من المعاملات وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على انهم مخاطبون باحكام النكاح غير ان حكم الخطاب انما يثبت في حق المكلف ببلوغه اليه والشهرة تنزل منزلته وهي متحققة في حق اهل الذمة دون اهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل الثاني ان تحقق اجنبية العدة هنا انما هو فيما اذا كانوا يعتقدون عدمها ومقتضاه اذا كانوا يعتقدون وجوبها ان لا يصح ويجب التجديد بعد الاسلام لانه حين وقع كان باطلا فيلزم في المهاجرة لزوم العدة اذا كانوا يعتقدون لان المضاف الى بائن الدار الفرقة لا نفي العدة وتعليل النفي هناك بقول المصر لانها وجبت اظهارا لخطر النكاح السابق ولا خطر لملك الحربي بالآية قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح اذا سبي الزوجان معا وسنذكره تتمة

قوله فان تزوج مجوسي امه او بنته او اخته مطلقة ثلثا او جمع بين خمس او اختين في عقدة ثم اسلما او احدهما فرق بينهما اجماعا لان نكاح المحارم وما معه له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا بنى من قوله في المسئلة التي قبلها ان اهل الذمة التزموا المجموع عليه عندنا وهذه الانكحة مجمع على بطلانها فيلزم حكمها وعلى ما حققناه من ان الكفار مخاطبون بالكل كقول العراقيين او بالمعاملات كقول البعض يجب الاتفاق بين الثلاثة على انه له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الاحكام في دارنا فجعل نازلة في جمعهم اذ ليس في وسع المبلغ سوى اشاعتها ودون ان يجعلها لكل واحد غير انا تركناهم وما يدينون بامر الشرع فاذا اسلما او اسلم احدهما وجب التفريق وانما على ما اشاره القاضي ابو زيد وابناءه وجعله المصر وغيره الصحيح من ان له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة اذا طلبت ولا يسقط احصانه بالدخول فيه حتى لو اسلم فقذفه انسان يحد خلافا لمشايخ العراق القدوري وغيره فانهم لا يوجبون النفقة

ويجبر ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ومرتدة لانه مستحق للقتل وكل ضرر التناسل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه ولذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتناسل وحدمة الزوج تشغلها ولانه لا ينتظم به المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه ولذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر منه والشافعي رحمه يخالفنا فيه للتعارض ونحن اثبتنا الترجيح

والاحصان بناء على ان الخطاب غير نازل في حقهم لانكارهم مع صدم ولاية الالزام فلان المحرمية تنافي البقاء كما تنافي الابتداء لكونها صدم المحل وانت علمت من هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغي ان يكون هو الوجه المختار وانما يصح ذلك في الحربيين لصدم شيوع الخطاب في دار الحرب ولانه لا يلتفت الى حكمه في حقهم فيجب التعليل بمنافاة المحرمية كما ذكرناه واما اذا ترافعا الى قاض فالعبرة لاظهر الاسلام فالقاضي كالحكم واما بمرافعة احدهما فقط لا كذلك يفرق كاسلام احدهما وعندي في حينئذ يرد للفرق بين اسلام احدهما وفوته لان باسلام احدهما ظهر حرمة الآخر عليه لتغير اعتقاد المصر الباقي اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى بخلاف مرافعة احدهما ورضاه فانه لا تغير به اعتقاد الآخر فبقي الامر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض والاوجه تخريج الخلاف على الخلاف في انه حين صدر كان باطلا عندنا لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة فاذا ترافعا احدهما بحكم الاسلام كان كاسلامه وعنده كان صحيحا ورفع احدهما الامر حمله على الآخر في ابطال استحقاقه بل بمعارضة الآخر فيبقى الحكم على الصحة بذلك كله بعد الاسلام او المرافعة اما اذا لم يكن احدهما فلا تفريق الا في قول ابي يوسف الآخر على ما في المبسوط وفي الذخيرة انه يفرق اذا علم ذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس ومحارمهم اجيب بانه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصري ما بال الخلفاء الراشدين كانوا اهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب عليه تمادوا لوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانا انت متبع ولست بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من وقت الفتوحات الى يومنا لم يتعرض احد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك محل الاجماع وفي النهاية معزيا الى المحيط لو طلبت المطلقة ثلثا التفريق يفرق بينهما وكذا في الخلع بين اختلفت من زوجها الذمي ثم اسلمها فرفعته الى الحاكم فانه يفرق بينهما لان امساكها ظلم وما اعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم كذا في المطلقة الثلث لانهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان لم يعتقد واخصوص عدد ما في النهاية لو تزوج اختين في عقدة ثم فارق احدهما ثم اسلم احدهما ان الباقية بكاحها على الصحة حتى اقر اعليه انتهى وينبغي على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق ان يفرق لوقوع العقد فاسدا ووجب التعرض بالاسلام **قوله** ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة اما المسلمة فظاهر لانها تكون تحت كافر واما الكافرة فلانه مقتول معنى وكذا المرتدة لا توج اصلا لانها محبوسة للتناسل ومناف المنع مطلقا عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع الا لها فكان احق بالمنع من منع تزوج المراة عبدا وبالعكس **قوله** فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه تحقيق من الطرفين في الاسلام الظاهر بانجاما كافرين فاسلمت او اسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق او بعده في مدة يثبت النسب في مثلها او كان بينهما ولد صغير قبل الاسلام احدهما فانه باسلام احدهما صار ذلك الولد مسلما بهذا اذا كانا في دار واحدة اما لو تباينت دارهما بان كان الاب في دار الاسلام والولد في الحرب او على العكس فانه لا يصير مسلما باسلام ابيه وسنذكر ذلك في السير في فصل من باب المستامن انشاء الله تعالى وما في الاسلام الاصلي فانما تحقق بان يكون الام كتابية والاب مسلم فما جاءت به مسلم فرع لاحاقه الى التنصيص الى هذه بقوله وكذلك اذا اسلم احدهما اي فاسلما او احدهما في عمومه الاولى ومن افرادها هذه اجماعية نص عليها اما اذا كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا اما او ابا فحكمنا بان الولد كتابي بجامع الاظفر للولد في الدنيا بالاقرب من المسلمين بالاحكام من حل المذبحة والمناكحة حتى في الاخرى بنقصان العقاب اذا كانت الكتابية اخف شرا من المجوسية فثبت الولد كذلك ويتبعه في الاحكام والشافعي يخالفنا فيه اي فيما اذا كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيقول فيما اذا كان الاب كتابيا والام مجوسية انه مجوسي في اصح قوليه وبه قال احمد رحمه تغليبا للتحريم وقوله الآخر انه كتابي تبعا لابيه وبه قال مالك رحمه لان الانتساب الى الاب ولو كانت الام كتابية والاب مجوسي فمتبوع

واذا اسلمت المرأة وهو وجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما

قوله او احدا فلا تحل له مناكحته ولا ذبيحته فقد جعله مجوسيا مطلقا وقوله للتعارض اى تعارض الالحاقين اى الالحاق باحدهما يوجب حرمات وبالآخر يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو بالالحاق بالمجوسي ونحن بنينا الترجيح بالقياس بجامعه وهذه الاحكام انما تثبت تبعا والمقصود الاصلي اثبات البائنة على وجه النظر له على ما بنينا ايضا قوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على فطرة الاسلام حتى يبين عنه لسانه فابواه يهودانه الحديث جعل التفاتها فالا له عن الفطرة واذا لم يلتفت بقي على اصل الفطرة او على ما هو اقرب الى اصل الفطرة كذا قيل ولا يخفى ما فيه واما ما قيل في ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعي بان ترجيحه يرفع التعارض وترجيحنا يدفعه فلا حاصل له اذا تأملت وأعلم ان التعارض هنا يجوز فان ثبوته ثبوت المتعارضين مستلزمين لحكميهما وليس هنا الا ثبوت حكم على تقدير اعتبار وضده على تقدير الآخر فلما اشتركا مع المعارض في ترجيح احدهما بالقوة سمي تعارضا والا فالتعارض تقابل الحجتين وليس هنا حجة فضلا عن تثنيتين **قوله** واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر سواء كان كتابيا او غيره اذا الاصح تزوج الكافر مطلقا مسلمة ولو وقع عقب وعوقبت ايضا ان كانت عالمة بحاله والساعي بينهما ايضا امرأة او رجلا ولا يصير به ناقضا للعهد وان كان ذميا فلا يقبل خلافا لمالك قاسه على ما اذا حبل نفسه طليقة للمشركين بجامع انه باشر ما ضمن بعقد الذمة ان لا يفعله قلنا كالزام المسلم بالاسلام ان لا يفعل محظوره وبفعله لا يصير شرعا ناقضا لايمانه فيفعل الزمي بالتزم بعقد الذمة ان لا يفعله لا يصير ناقضا لامانه وقتل الطليقة لانه حارب معنى ولو اسلم بعد النكاح لا يقر ان عليه ولا لحقه اجازة لانه وقع باطلا وقال في اسلام الرجل وان اسلم الرجل وتحته مجوسية لان كفر المرأة مطلقا لا يمنع تزوج المسلم بها بل غير الكتابية فلذا فرضها في المجوسية وحاصل المسئلة انه اذا اسلم احد الزوجين اللذين هما مجوسيان والزوجة منهما مجوسية والزوج كتابي والزوجة من الكتابيين او الزوجة الكتابية والزوج مجوسي عرض على المصر الاسلام اذا كان بالغا او صبيا يعقل الاديان لان ردته معتبرة فكذا اباؤه والنكاح قائم فان ابى فرق بينهما والنكاح الصبي مجنونا عرض على ابويه وينبغي ان يكون معنى هذا ان اى الابوين اسلم يبقى النكاح لانه يتبع المسلم منهما وان لم يكن مجنونا لكنه لا يعقل الاديان بعد لنظر عقله لان له غاية معلومة بخلاف الجنون هذا على قولهما اما على قول ابي يوسف رحمه فاختلف المشايخ في ابا الصبي قيل لا يعتبر كما لا تعتبر ردته عنده وقيل نعم وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردة وحكم الصبية كالصبي وما لم يفرق القاضي هي امرأته حتى لو مات الزوج قبل ان تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وان لم يدخل بها لان النكاح كان قائما وتقرر بالموت وقال الشافعي رحمه لا يعرض على المصر لانه تعرض منهي عنه بل النكاح الاسلام قبل الدخول القطع النكاح في الحال لعدم تأكد النكاح بعد تأجل الى انقضاء ثلثة اطهار وقول المصر ثلثة حيض لا يأتي على مذهبه في العدة وان لم يسلم تزوجت قلنا اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة واضافة انقطاع النكاح الى الاسلام لا نظير له في الشرع ولا اصل يلحق به قياسا بجامع صحيح ولا سمعي يفيده بل انما ثبت شرعا اعتبار العدة بعد الفرقة ولنا انه لا بد من سبب يضاف الفرقة اليه والاسلام عاصم قال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم واختلاف الدين منتقض بتزوج المسلم كتابية اولانه يرجع الى اسلام المسلمين لانه الذي به حصل الاختلاف وكفر المصر لا تمكنه والا لم يصح النكاح من الاصل فلم يبق الا اباء الاسلام لانه يصلح قاطعا فاضفنا انقطاع النكاح اليه فكان هو المناسب وفي الموطا عن ابن شهاب الزهري ان ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن امية فاسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان ابن امية من الاسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين امرأته وبينه حتى اسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح والتعرض الممتنع الجبار بنفس الكلام عنه بخيير الا يمتنع ولانه استعلام حكم شرعي بل تنزل بالمرأة اولا ثم تأيد بما ذكره الطحاوي وابن العربي في المعارضة ان عمر رضه فرق بين نصراني ونصرانية بإبايه عن الاسلام وذكر اصحابنا ان جلا

وكان ذلك طلاقا عندهما بتطليقة رجعية وعندهما ان اسلم الزوج وهما في عدتها عرض عليهما الاسلام فان اسلما فهما على النكاح الاول وان ابيا فرق القاضي بينهما ولا يكون الفرقة بينهما طلاقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون الفرقة طلاقا في الوجهين أما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض الاسلام لان فيه تعريضا للبضع وقد صح ما تبقى الدعوة ان لا تعرض لبضع الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فيتقطع بنفس الاسلام بخلاف ما بعد الدخول متأكد فيتأخر الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فانه مرسب يتأتى عليه الفرقة والاسلام طارئ لا يصلح سببا لها فيعرض الاسلام ليحصل المقاصد بالاسلام او يثبت الفرقة بإبائه وقد قبل ما تبقى الدعوة ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك وهما ان الاباء امتنع عن الاسلام بالعرض فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما الفرقة بسبب الملك والحرمة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب منابها عند الاباء هاتم اذا فرق القاضي بينهما بابائها فلها المهر ان كان دخل بها لانه بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها بمنزلة ما لو ارتدت فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر فاسلم الحربي وتحته مجوسية لم يقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض هذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله تقع الفرقة بينهما في الحال وهو قول الشافعي رحمه الله لان الفرقة من قبلها

[illegible] قال واذا خرج احد الزوجين الينا من

[illegible] وان سبيا معا او على التعاقب بينهما او قال الشافعي لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة وهو قول الغير طلاقي وان سبيا معا لم تقع البينونة وقال الشافعي رحمه الله وقعت وحاصل ان السبي عندنا وهو يقول تنكسر ان تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين دون السبي عندنا وهو يقول تنكسر ان تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين بل يوجب الفرقة بينهما قطعا ثم قال الشافعي رحمه الله وفي ان السبي بل يوجب الفرقة لا ان السبب اختلف في

لشائبة الحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء فصار كالشراء ثم هو يقتضي الصغار في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستامن لم يتبائن الدار حكما لقصده الرجوع

والكافر بناء كالمسلم لا يخرج الينا فكان التباين منافيا له فيكون اعتراضه قاطعا كاعتراض الحرمية بالرضاع وقبيل ابن الزوج مثلا منافيه كان اعتراضها قاطعا ثم شرع يفسد تعيين السبي علة فقال والسبي يوجب ملك الرقبة يعني يمنع ان يكون موجبا غير ذلك واذن فما اقتضاه ملك الرقبة لزم السبي تبعا لملكها وما لا فلا وملك الرقبة لا يقتضي ملك النكاح الا اذا ورد على حال عن مملوكيته او مالكيته وكذا ابتداء النكاح وبقاؤه في العبد المشتري فهو كسائر اسباب الملك من الشراء والهبة والارث وزوال املاك السبي لثبوت رقه والعبد لا ملك له في المال بخلاف النكاح فانه من خصائص الادمية فيملكه اذا ابتداء وجوده بطريق الصحة حتى لا يملك سيده التطليق عليه وانما توقف في الابتداء على اذنه لما يستلزم من تنقيص ماليته وسقوط الدين الكائن لكافر على المسبي الحربي ليس مقتضى السبي بل لتعذر بقائه لانه انما بقي ما كان وهو عين وجب كان في ذمته لا شغالا ماليه رقبته ولا يمكن ان يثبت بعد الرق بالسبي الا شغالا لما فيصير الباقي غيره ولانه لو كان السبي عبارة عن كذا لا يسقط عنه الدين بالسبي نص عليه محمد رحمه الله خلافا لزفر فان قيل بل يجوز كون الدين في ذمة العبد غير متعلق برقبته ولذا يثبت الدين باقراره بعد الايباع فيه اجيب بمنع تعلقه في العبد كذلك وانما الايباع باقراره لان اقراره لا يسري في حق المولى حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعا معاينة بيع فيه واما استدلال من قصة ابي سفيان فالحق ان اباسفيان لم يكن حسن الاسلام يومئذ بل لابد الفتح وهو شاهد حسنها ما تقيد بالسير الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون الا ترجع بهم الى البحر وما نقل ان الاربعة كانت معه وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج الى هوازن تبين انما حسن اسلامه بعد ذلك رحمه الله والذي كان اسلامه حسنا حين اسلم هو ابو سفيان بن الحارث واما عكرمة وحكيم فانما هربا الى الساحل وهو من حدود مكة فلم تبن زوجاتهم والا لوقع فانما رد عليه صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد روى ذلك الترمذي وابن ماجة والامام احمد رحمه الله واذا كان الامر كذلك فالاولى من احد الاحتمالين وهو يحمل قوله على النكاح الاول على معنى بسبب سبقه مراعاة لحرمة كما يقال ضربته على اساءته وقيل قوله رد على النكاح الاول لم يحدث شيئا بل على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والجهاز وهو تاويل حسن هذا وما ذكرناه مثبت وعلى النكاح الاول نافٍ لانه مبق على الاصل وايضا يقطع بان الفرقة وقعت بين زينب وبين ابي العاص بمدة تزيد على عشر سنين فانها اسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعى صلى الله عليه وسلم خديجة رضي الله عنها وبناته ولقد انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مرارا وولدت وروي انها كانت حاملا فاسقطت حين خرجت مهاجرة الى المدينة وروعها هبار بن الاسود بالرمح واستمر ابو العاص بن الربيع على شركه الى ما قبيل الفتح فخرج تاجرا الى الشام فاخذت سرية المسلمين ماله وبعضهم هربانهم دخل بليل على زينب رضي الله عنها فاجارته ثم كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم السرية فرد ماله فاحتمل الى مكة فاوى الودائع وناداهم اهل مكة ابقيت لاحد منكم عندي مالا فلم يبق لاحد عليه علقة قال يا اهل مكة اهل بقي لاحد منكم عندي مال لم يأخذه قالوا لا فجزاك الله خيرا فقد وجدناك وفيا كريما قال فاني اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله والله ما منعني من الاسلام عنده الا تخوف ان تظنوا انما اردت ان آكل اموالكم فلما ادانا الله اليكم وفرغت منها اسلمت ثم خرج حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين او ثمان سنين او ثلث سنين فانما ذلك من وقت مفارقته للابد ان وذلك بعد غزوة بدر واما البينونة فقبيل ذلك بكثير لانها انما وقعت من حين اسلمت نحو قريب من عشرين سنة الى اسلامه وان وقعت من حين نزلت ولا نكاح للمشركين حتى يؤمنوا وهي كثيرة فاكثر من عشرة وغيرانه كان حابسها قبل ذلك الى ان اسري من اسر ببدر وهو صلى الله عليه وسلم كان مغلوبا على ذلك قبل ذلك فلما ارسل اهل مكة في فداء الاسارى رسلت زينب في فداء ابي العاص قلادة كانت قد

[illegible] لم تحرم فرقة ما لم تقرر وجه ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم العدة كما لو خرج زوجها مسلما وهي ذمية عند ابي حنيفة رحمه الله ان الكلام المتقدم يجب ان يكون في الخلوة لا في خطاب الكفار وقد ذكر هذا يجب ان يكون على المسبية

عتقها بايا فلما اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يقر بها عليها واطلقه لها فلما وصل جهزها اليه لانه صلى الله عليه وسلم كان شرط عليه ذلك عند الطلاق واتفق في مخرجها اليه ما اتفق من هبار بن الاسود وهذا امر لا يكاد ان يختلف فيه اثنان وبه تقطع بان الرد كان على نكاح جديد كما هو من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ووجب تاويل رواية الاول كما ذكرنا واعلم ان بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفق من قبل البعثة بكفر يقال آمنت بعد ان لم تكن مومنة فقد اتفق علماء المسلمين ان الله لم يبعث نبيا قط اشركا بالله طرفة عين والوالدان يتبع المومن من الابوين فلزم من لم تكن احد لهن قط الا مسلمة نعم قبل البعثة كان الاسلام اتباعا لملة ابراهيم حنيفا عليه السلام ومن حين وقع البعثة لا يثبت الكفر الا بانكار المنكر بعد بلوغ الدعوة ومن اول ذكره صلى الله عليه وسلم الاولاد لم تتوقف واحدة منهن واما سبايا اوطاس فقد روى ان النساء سبين وحدهن وفي رواية الترمذي تقييد ذلك عن ابي سعيد قال اصبنا سبايا اوطاس ولهن ازواج في قومهن فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم لكن بقي ان يقال العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقا سواء سبيت وحدها او مع زوج واما المشتراة متزوجة فخارجة بالاجماع فوجب ان يبقى ما سواها داخلا تحت العموم على الاباحة والجواب ان المسبية مع زوجها تخص ايضا بدليلنا وهاهنا ذكر وتبقى المسبية وحدها ذات بعل وبالبعل والله سبحانه اعلم واما قياسه على الحربي المستامن والمسلم المستامن فالجواب منع وجوب التباين لان المدعى عليه عينه هو التباين حقيقة وحكما وهو يصير الكافر في دار الحرب في حكم الميت حتى يتبع مدبروه وامهات اولاده وتقسيم ميراثه والكافر في دارنا ممنوع عن الرجوع وهذا منتف في المستامن فاذا كان فانا على ما ذكرنا بقي ما ذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالما عن المعارض فوجب اعتباره ودليل السمع ايضا وهو قوله تعالى اذا جاءكم المومنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما انفقوا ولا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا آتيتموهن اجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقد افاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة ومن وجه اقتضائي وهو فلا ترجعوهن

قوله واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة اي تاركة الدار الى اخرى على عزم عدم العود وذلك بان تخرج مسلمة او ذمية هذه المسئلة حكم آخر على بعض ما تضمنه موضوع المسئلة التي قبلها لانها كانت اذا خرج احد الزوجين مهاجرا وقعت الفرقة وهذه اذا كانت الخارج منها المراة ووقعت الفرقة اتفاقا قابل عليها عدة فيها خلاف عند ابي حنيفة لا فتزوج الحال الا ان تكون حاملا فتزوج حملا على ما بعد العدة بل ليرتفع المانع بالوضع وعندهما عليها العدة ثم اختلفت لو خرج زوجها بعدما هي بعد في هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه قال ابو يوسف لا يقع عليها وقال محمد يقع والاصل ان الفرقة اذا وقعت بالتباين لا تصير المراة محلا للطلاق عند ابي يوسف وعند محمد تصير وهو وجه الى ان يكون محرمية لعدم فائدة الطلاق على ما قدمناه وثمرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثا لا يحتاج زوجها في تزوجها اذا اسلم الى زوج آخر عند ابي يوسف وعند محمد يحتاج اليه وجه قولهما انها حرة وقعت الفرقة عليها بعد الاباية والدخول الى دار الاسلام فيلزمها حكم العدة حقا للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات بخلاف ما لو طلقها الحربي في دار الحرب ثم ما جرت لا عدة عليها بالاجماع لان الفرقة في دارهم وهم لا يواخذون باحكامنا هناك وهذا على ما افتتاه من ان اصلها ان الخطاب يلزم الكفار في المعاملات غير ان شرطها البلوغ واهل الحرب لا يبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه بخلاف اهل دارنا منهم ولابي حنيفة رحمه الله ان العدة انما وجبت اظهارا لخطر النكاح المتقدم ولاخطر الملك الحربي بل اسقط الشرع بالآية المتقدمة في المهاجرات وهي لا تمسكوا بعصم الكوافر بعد قوله ولا جناح عليكم ان تنكحوهن فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة فالا ان لا تمسك بعصم الكوافر جمع كافرة فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقد نكاح الموجود في حال كفرهن وبهذا يبطل قولهما وجبت لحق الشرع

وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة رح انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملا بالكما في الحبلى من الزنا
وجه الاول انه ثابت النسب اذ اظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا قال اذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت
الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ان كانت الردة من الزوج في قول بطلاق هو يتبر بالاباء والجامع
ما بينا رح وابو يوسف رح على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة رح فرق بينهما ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة
والطلاق رافع فتعذر ان يجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر
ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة تتوقف ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف
المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها

كيلا تختلط المياه واستثنائه عن ابطاله بان الشرع ابطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لانها اثره حيث حكم
بمنافاته لماله الاثر فان قيل ان يمنع اللازمة ويقول لا نسلم ان منافاة الشيء تنافي اثره الا اذا كان جهة المنافاة تأتيا في الاثر
ايضا وهو ممنوع لانه في النكاح عدم انتظام المصالح بل تجامع مدة بقائها الى ان تنقضي فجب ان تثبت لموجبها بلا مانع لكن
قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسبية دون زوجها والمتروكات في دار الحرب للازواج المهاجرين فلهم ان يتزوجوا باربع وباخت الكائنة هناك لعدم
اعتبار عصم اللواتي في دار الحرب للفرقة والمسبية مع زوجها وهذه خصت عندكم فانها تمسك بعقدتها حيث قلتم لا تقع الفرقة بينها وبين زوجها
فجاز ان تخص المهاجرة في حق العدة بحديث سبايا اوطاس فانه دل على ان من انفسخ نكاحها بالتباين لا يحل وطيها قبل تربص فاذا وجب عليها
تربص هي حرة كان عدة اجماعا لعدم القائل بالفصل وح فابطال الوجوب للخطر لا يفيد اذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب
الاستبراء فان قيل لا يخفى فرح المدخول بها عن الامتناع الى مدة غير انه اعتبر مدة الاستبراء اقصر كما هو داب الشرع في اظهار التفاوت بين الحرة والامة
في مثله قوله وان كانت يعني المهاجرة حاملا لم تتزوج حتى تضع وقد منا انه عند ابي حنيفة رح لا بطريق العدة وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه
يجوز تزويجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنى وجه الظاهر ان حملها ثابت النسب فظهر في حق المنع احتياطا وانما قال احتياطا لان
مجرد كونه ثابت النسب انما يقتضي ظاهرا ان لا يوطأ لان به يصير سابقا ماء زرع غيره فتعدية المنع الى نفس الزوج بلا وطء للاحتياط فقط لانه
يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطيا ولهذا لم يجز عنده تزوج الاخت في عدة الاخت والخامسة في عدة الاربع قوله واذا ارتد احد الزوجين
عن الاسلام وقعت الفرقة في الحال بغير طلاق قبل الدخول او بعده وبه قال مالك واحمد رح في رواية وقال الشافعي واحمد رح في اخرى
قبل الدخول هكذا لك واما بعده فيتوقف الى انقضاء العدة فان جمعهما الاسلام قبل انقضائها يستمر النكاح والا تبين الفراق من وقت الردة
قلنا هذه الفرقة للتنافي فان الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة والمنافي لا يحتمل التراخي بخلاف الاسلام فانه غير منافي للعصمة هذا جواب الظاهر المذهب
وبعض مشائخ بلخ وسمرقند افتوا في ردتها بعدم الفرقة حسما لاحتيالها على الخلاص باكبر الكبائر وعامة مشائخ بخارى افتوا بالفرقة وجبرها
على الاسلام وعلى النكاح مع زوجها الاول لان الحسم بذلك يحصل ولكل قاض ان يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت ام لا وتعتبر خمسة
وسبعين والاسترقاق للمرتدة ما دامت في دار الاسلام في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر عن ابي حنيفة رح تسترق وهذا الكلام في الفرقة واما كونها
طلاقا فالمتفق الاماء بها على انها من جهة الزوج والمرأة فسخ وقال محمد رح هي في ردة الزوج طلاق وفي ردتها فسخ مرتب على اصله في الاباء وكذا ابو يوسف رح
وفرق ابو حنيفة رح بين الردة والاباء وجه قول محمد رح اعتباره بالاباء والجامع ما بينا وهو ان بالاباء امتنع عن الامساك بمعروف
مع قدرته عليه فيوب القاضي منابه وقيل ما بيناه مما حاصله ان سبب الفرقة فعل من الزوج اباء او ردة وابو يوسف رح مر على اصله
في الاباء وهو انه سبب يشترك فيه وابو حنيفة رح فرق بان الردة منافية للنكاح لانها منافية للعصمة لبطلان العصمة عن نفسه ملاكه ومنها ملك النكاح كذا
قرروا والحق ان منافاتها العصمة الاملاك تبع لمنافاتها العصمة النفس اذ بتلك المنافاة صار في حكم الميت والطلاق لا ينافي النكاح لبقوته معه حتى لا يقع
البينونة بجرده بل بما مر زائدا عليه او عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق وليس الا الفسخ بخلاف الفرقة بالاباء فانها ليست للمنافاة
ولهذا بقي النكاح ما لم يفرق القاضي لانها فرقة لسبب فوت ثمرات النكاح فوجب دفعه لارتفاع ثمرته الاتي من قبل الزوج فالقاضي يامره بالامساك بمعروف

قال واذا ارتد احدهما ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رحمه الله يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما
واقع مقام جهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه منافٍ كابتدائها

باب القسم

بالاسلام او التسريح باحسان فاذا امتنع ناب عنه وفي الشرح من تقرير هذا الفرق امور لا تمس المطلوب هكذا قوله في الهداية والطلاق
رجعي لان الرفع يجامع المنافي بالضرورة ثم هو اذا ثبت مع المنافي ومع الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل فيه ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها
كل المهر ان دخل بها ونفقة العدة ايضا ونصفه ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان قتل بها لا النفقة العدة لان الفرقة من جهتها ان
لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة **قوله** واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا هذا اذا لم يلحق احد منهما بدار الحرب بعد ارتدادهما فان
لحق فسد للتباين والقياس وهو قول زفر والائمة الثلثة تقع الفرقة لان في ردتهما ردة احدهما وهي منافية للنكاح ولنا وهو وجه الاستحسان ان بنى حنيفة
ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضي الله عنهم بتجديد الانكحة ولما لم يأمرهم بذلك علمنا انهم اعتبروا ردتهم وقعت معا اذ لو حملت على التعاقب لفسدت انكحتهم
ولزمهم التجديد علمنا من هذا ان الردة اذا كانت معا لا توجب الفرقة واعلم ان المراد عدم تعاقب كل زوجين من بني حنيفة اما جميعهم فلان
الرجال جاز ان يتعاقبوا ولا تنكحهم اذا كان كل رجل ارتد مع زوجته معا فحكم الصحابة رضي الله عنهم بعدم التجديد يحكمهم بذلك ظاهرا لا حملا عليه للجهل بالحال كالغرقى
والحرقى وبهذا لا ان الظاهر ان قيم البيت اذا زاد امرأة تكون قريبته فيه قرينته هذا والمذكور في الحكم بارتداد بني حنيفة هو في المبسوط منهم الزكاة
وبهذا يتوقف على نقل ان من منهم كان يجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم وقتال ابي بكر رضي الله عنه اياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم اذا جمعوا على منعهم
حقا شرعيا وعطلوه والله اعلم وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة وذلك لان جهة المنافاة بردة احدهما عدم انتظام المصالح
بينهما والموافقة على الارتداد ظاهر في انتظامها بينهما الى ان يموتا بقتل او غيره والاوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك فانه من غير
تعيين بني حنيفة ومانعي الزكاة قطعي ثم لم يؤمروا بتجديد الانكحة الى آخر ما ذكرنا **قوله** ولو اسلم احدهما بعد ارتدادهما معا فسد النكاح لان ردة
الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤه كانشائها الان حال اسلام الآخر حتى ان كان الذي عاد الى الاسلام هو الزوج فلا شيء عليها ان كان قبل الدخول
وان كانت هي التي اسلمت فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر وان دخل بها فلها المهر في الوجهين لان المهر تقرر بالدخول وبقاء في زمنة الزوج
والدين لا تسقط بالردة **فروع** الاول نصرانية تحت مسلم تجامعا وقعت الفرقة بينهما عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح وجه قوله اذا الزوج قد ارتد والمجوسية
لا تحل للمسلم فاحداثها ما تحرم به كالردة وقد ارتدا معا فلا تقع الفرقة ولابي يوسف رح ان الزوج لا يقر على ذلك بل تجبر على الاسلام والمرأة تقر
فصار كردة الزوج وحده وبهذا عرف ان الكفر كله ملة واحدة فالانتقال من كفر الى كفر لا يجعل كانشائه فصار كما لو تهودا فان الفرقة تقع فيه بالاتفاق
ومحمد رح يفرق بان النار المجوسية لا تحل للمسلم فاحداثها كالارتداد بخلاف اليهودية الا ترى انهما لو تمجست وحدها تقع الفرقة ولو تهودت لا تقع فافترقا
الثاني يجوز نكاح اهل ملل الكفر بعضهم لبعض فيتزوج اليهودي مجوسية ونصرانية لان الكل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلفت كاهل
المذاهب ثم الولد على دين الكتابي منهم الثالث اذا اسلم الكافر وتحته اكثر من اربعة او اختان او ام وبنتها واسلمن معه وهن كتابيات فعند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح ان كان تزوجهن في عقدة واحدة فرق بينه وبينهن او في عقد فنكاح من يحل سبقه جائز ونكاح من تأخر فوقع به الجمع او الزيادة على الاربع باطل

باب القسم لما فرغ من ذكر النكاح واقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الاحرار والارقاء والكفار وحكمه
اللازم له من الامر شرع في حكمه الذي لا يلزم وجوده وهو القسم وذلك لانه انما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه ولا يقتضيه
قال فيه والقسم بفتح القاف مصدر قسم والمراد التسوية بين المنكوحات وليس العدل ايضا بنفس حقيقة مطلقا ممتنعة كما انه

واذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او احداهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله عليه السلام من كانت له امرأتان ومال الى احداهما في القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة وكذا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك ولاختيار

حيث قال فان لن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وقال تعالى فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم بعد احلال الاربع فيقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فاستفدنا ان حل الاربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت البلوغ عن اكثر من واحدة عند خوفه فعلم ايجابه عند تعددهن واما قوله صلى الله عليه وسلم استوصوا بالنساء خيرا فالاخص حالة التعدد منهن ولانهن رعية الرجل وكل راع مسئول عن رعيته وانه في امر منهم يحتاج الى البيان لانه اوجبه وصرح بانه مطلقا لا يستطاع فعلم ان الواجب منه شيء معين وكذا السنة جاءت مجملة فيه روى اصحاب السنن الاربعة عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا املك يعني القلب اي زيادة المحبة وظاهر ان ما عداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته يجب التسوية فيه ومنه حد الوطآت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة اجماعا وكذا ما روى اصحاب السنن الاربعة والامام احمد والحاكم من ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيمة وشقه مائل اي مفلوج ولفظ ابي داود والنسائي فمال الى احداهما على الاخرى فلم يسو بينهما فاذا وما في الكتاب من زيادة قوله في القسم واعلم بها لكن لا يعلم خلافا في ان العدل واجب في البيتوتة والتسوية في اليوم والليلة وليس المراد ان يضبط زمان النهار فيقدر ما عاشر فيه احداهما فيعاشر الاخرى بقدره بل ذلك في البيتوتة واما النهار ففي الجملة **قوله** واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما التقييد بحرتين لاخراج ما اذا كانت احداهما امة والاخرى حرة لاخراج الامتين ثم ظاهر العبارة ليس بحيد فانه يعطي انهما اذا لم تكونا حرتين ليس عليه ان يعدل بينهما وليس بصحيح لكن بمعنى العدل هنا التسوية لا ضد الجور فاذا كانتا حرتين او امتين فعليه ان يسوي بينهما وان كانتا حرة وامة فلا يعدل بينهما اي لا يستوي بل يعدل بمعنى لا يجوز وهو ان يقسم للحرة ضعف الامة فالابهام نشأ من اشتراك اللفظ **قوله** والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا وهو معنى قوله لانه لا فصل فيما ذكرنا فكان الاولى ان يقال لما ذكرنا يعني من قوله لانه لا فصل الخ يعني ان ما روينا يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة وكذلك ما تلونا من الاية يحتج به على الشافعي رحمه الله انه يقيم عند البكر الجديدة اول ما يدخل بها سبعا يخصها بها ثم يدور عند الثيب الجديدة ثلثا الا ان طلبت زيادة على ذلك فيجيء حقها ويحتسب عليها تلك المدة لما روى عن انس رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلث ثم يسوي الى اهله اخرجه الدارقطني عنه وروى البزار من طريق ابي ايوب السجستاني عن ابي قلابة عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل للبكر سبعا وللثيب ثلثا وعنه قال من السنة اذا تزوج البكر على الثيب اقام عندها سبعا ثم قسم واذا تزوج الثيب اقام عندها ثلثا ثم قسم رواه الشيخان في الصحيحين وفي صحيح مسلم عن ام سلمة لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عليها اقام عندها ثلثا ثم قال انه ليس بك هوان على اهلك ان شئت سبعت بك وان سبعت لك سبعت لنسائي وهذا دليل استثناء الشافعي رحمه الله ما ذكرنا من انه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة وان طلبت زيادة على الثلث والانهم تالف صحبته وقد حصل لها في اول الامر نفرة وكان في الزيادة ازالتها وكلنا ما روينا عن غير فصل وما تلونا وما ذكرنا من المعنى وهو قوله ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك فلا تفاوت بينهن في القسم واما المعنى الذي علل به فمعارض بان تخصيص القديمة اولى لان الوحشة فيها متحققة وفي الجديدة متوهمة وازالة تلك النفرة يمكن ان يقيم عندها السبع ثم يسوي للباقيات ولا حصر في تخصيصها واعلم ان الهادي ان لم يكن قطعي الدلالة في التخصيص وجب تقديم الاية والحديث المطلق لوجوب التسوية وان كان قطعيا وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فانه لا يعارض ما روينا وتلونا لان مقتضاهما العدل واذا ثبت التخصيص شرعا كان هو العدل فانا نراه لم يحصر في التسوية بل تحقق مع عدمها لعارض

في نفقة الزوجات الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها والتسوية في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتنى على النشاط وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فلحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر وكان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن ظاهر قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي له القرعة مستحقة لما روى ان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه ولنا ان قوله ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للاحد في مساواة الزوج الا غير ان لا يستحب واحدة منهن ثم اذا لم يسافر بواحدة منهن لا يحتسب عليه تلك المدة

وجور ق احد المرأتين حتى كان العدل ان يكون لاحدهما يوما وللاخرى يومين فليكن ايثار الجديدة الوحشة باقامة سبع ان كانت بكرا وثلث ان كانت ثيبا بذا وكما لا فرق بين الجديدة والقديمة كذلك لا فرق بين البكر والثيب والسليمة والكتابية الحرتين والمجنونة الذي لا يخاف منها والرتقاء والصحيحة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن وطيها والحرة والمظاهر منها ومقابلتهن وكذلك يستوي وجوبه على العنين والمجبوب والمريض الصحيح الذي دخل بامرأته ومقابلهم قال مالك ويدور ولي الصبي به على نسائه لان القسم حق العباد وهم من اهله وصح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض استاذن نساءه ان يمرض في بيت عائشة رضي الله عنها فاذن له **قوله** مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها انشاء يوما يوما وانشاء يومين او ثلثا ثلثا او اربعا اربعا واعلم ان هذا الاطلاق ولا يمكن اعتباره على صرافته فانه لو اراد ان يدور سنة سنة ما نظن اطلاق ذلك بل لا ينبغي ان يطلق له مقدار مدة الايلاء وهو اربعة اشهر واذا كان وجوبه للتانيس ودفع الوحشة وجب ان تقدر المدة القريبة وانا نظن اكثر من جمعة مضارة والا ان يرضيا بذا والله اعلم **قوله** والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتنى عن النشاط ولا اضاف فيه قال بعض اهل العلم ان تركه لعدم الداعية ان يرضيا بذا والله اعلم **قوله** والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتنى عن النشاط ولا اضاف فيه قال بعض اهل العلم ان تركه لعدم الداعية والاعتذار عذر وان تركه مع الداعي اليه لكن داعيته الى المضرة اقوى فهو حرام يدخل تحت قدرة فان اوفى لواجب عليه لم يسق لها حق ولم يلزمه التسوية واعلم ان تركه جماعها مطلقا لا يحل له صرح اصحابنا بان جماعها احيانا واجب ديانة لكنه لا يدخل تحت القضاء والالزام الاولى لم يقدر وافيدة ويجب ان لا يبلغ به مدة الايلاء الا برضاها وطيب نفسها به بذا والمستحب ان يسوي بينهن في جميع الاستمتاعات من الوطي والقبلة وكذا بين الجواري وامهات الاولاد ليحصنهن عن الاشتهاء للزنى والميل الى الفاحشة ولا يجب شيء لانه تعالى قال فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فافاد ان العدل بينهن ليس واجبا بذا فاما اذا لم يكن له الا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة او السفر هي اختار الطحاوي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان لها يوما وليلة من كل اربع ليالي وباقيها له لان له ان يسقط حقها في الثلث بتزوج ثلث حرائر فان كانت الزوجة امة فلها يوم وليلة في كل سبع وظاهر المذهب ان الاربعين مقدار لان القسم سمي لنسبي ما يجاب طلب ايجاده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلا يطلب قبل تصور بهما بل يومر ان يبيت معها ويصبها احيانا من غير توقيت والذي تقتضيه الحديث ان التسوية في المكث ايضا بعد البيتوتة ففي السنن عن عائشة رضي الله عنها كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضها على بعض في القسم في مكثه عندنا وكان قل يوم الا يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ الى التي هو في يومها فيبيت عندها وهذا من بذا ان التسوية لا تمنع ان يذهب الى الاخرى لينظر في حاجتها ويهيء امورها وفي صحيح مسلم انهن كن يجتمعن في بيت التي ياتيها والذي نفهم ان هذا جائز برضى صاحبة النوبة اذ قد تضيق كذلك وتحضر له ولو ترك القسم بان اقام عند احداهن شهرا مثلا امره القاضي بان يستانف العدل ابا القضاء فان جار بعد ذلك اوجعه عقوبة كذا قالوا والذي يقتضيه النظر ان يومر بالقضاء اذا طلبت لانه حق آدمي له قدرة على ايفائه **قوله** وان كانت احدى صاحبتها حرة والاخرى امة فلحرة الثلثان من القسم ولامة الثلث بذلك ورد الاثر قضى به ابو بكر وعلي رضي الله عنهما وبالقضاء عن علي احتج الامام احمد وتصحيف ابن حزم اياه بالمنهال ابن عمر مردود بابن ابي ليلى ليس بشيء لانهما ثقتان حافظان واذا كانت الزوجة مدبرة رجل او مكاتبته او ام ولده فهي كالامة في القسم فيهن **قوله** ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي والقرعة مستحقة لما روى الجماعة من حديث عائشة رضي الله عنها كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه فمن خرج سهمها خرج بها مختصرا ومطلقا بحديث الافك قلنا فذلك كان استحبابا بالتطييب قلوبهن وبذا الان مطلق الفعل لا يقتضي الوجوب فكيف وهو محفوف بما يدل على الاستحباب

وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وتجعل يومها لعائشة رضي الله عنها او لها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

وذلك انه لم يكن القسم واجبا عليه صلى الله عليه وسلم قال تعالى ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء ممن ارجى سودة وجويرية وام حبيبة وصفية وميمونة ذكره الحافظ عبد العظيم المنذري وممن آوى عائشة رضي الله عنها والباقيات رضي الله عنهن وانما شق ما حد لها في السفر بالاخرى في الحضر والقرعة في المبيت لحفظ الالفة او نحوه الفتنة لو تمنع من سفر احداهما كثرة سمها فتتين من يخاف صحبتها في السفر لسفر تخرج فرعتها الزام للضرر الشديد وهو مندفع بالقرعة في الخروج واما قول المصنف الاولى انه لان لا يستصحب واحدة منهن فكذا لان يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة اذ لا يلزم من كون الاولى ان لا يسافر باحد ان يكون الاولى ان يخص واحدة بالسفر بها لان في ترك السفر بالكل تسوية بخلاف تخصيص احداهن وبهذا لان اللازم التسوية وهو انه اذا بات عند واحدة ليلة بيت ان يكون الى ان يخص واحدة بالسفر بها لان في ترك السفر بالكل تسوية بخلاف تخصيص احداهن وبهذا لان اللازم التسوية وهو انه اذا بات عند واحدة ليلة بيت عند الاخرى كذلك لا على معنى وجوب ان يبيت عند كل واحدة منهما وانما فانه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالي والنشر لم يمنع من ذلك فلم

وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز بذا اذا لم يكن برشوة من الزوج بان زاد ما في مهرها للنفل او تبرعا بشرط ان تزوج اخرى فيقيم عند ها يومين وعند المخاطبة يوما فان الشرط باطل لا يحل لها المال في الصورة الاولى فله ان يرجع فيه واما اذا دفعت اليه او حطت عنه بالا يزيد ما فظاهر انه لا يلزم ولا يحل لها ولها ان ترجع في مالها **قوله** لان سودة بنت زمعة بفتحتين سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها الخ هذا يقتضي انه طلقها قال محمد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة اعتدي فسألته بوجه الله ان يراجعها ويجعل يومها لعائشة رضي الله عنها ففعل ذكره في الموطأ

لان تحشر يوم القيمة مع ازواجه والذي في الصحيحين لا يعترض له بل انها جعلت يومها لعائشة رضي الله عنها قالت سودة حين اسنت وفرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله يومي لعائشة فقبل ذلك منها فقالت عائشة رضي الله عنها في شأنها انزل الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح وقال صحيح الاسناد ويوافق ما في الكتاب ما رواه البيهقي عن عروة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة فلما خرج الى الصلوة امسكت بثوبه فقالت والله ما لي الى الرجال من حاجة ولكني اريد ان احشر في ازواجك فقال فراجعها وجعل يومها لعائشة رضي الله عنها انتهى وهو مرسل ويمكن الجمع بان كان صلى الله عليه وسلم طلقها رجعية فان الفرقة فيها لا تتم بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة فمعنى قول عائشة رضي الله عنها فرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم خافت ان يستمر الحال الى انقضاء العدة فتقع الفرقة فيفارقها ولا ينافيه بلاغ محمد الحسن فانه انما ذكر في الكنايات اعتدي والواقع بهذا الرجعي لا البائن وفرع بعض الفقهاء انها اذا وهبت يومها له فله ان يجعله لمن شاء من نسائه واذا جعلته لضرتها المعينة لا يجوز له ان يجعله لغيرها لان الليلة حقها فاذا صرفته بواحد تعين وفرعوا اذا كانت ليلة الواهبة تلي ليلة الموهوبة قسم لها الليلتين متواليتين وان كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالي لها الليلتين على قولين للشافعية والحنابلة والاظهر عندي ان ليس له ذلك الا برضاها التي تليها في النوبة لانها قد تضرر بذلك **قوله** ولها ان ترجع قال بعض علماء الحنابلة ليس لها المطالبة به فانه خرج مخرج المعاوضة يقتضي عن الطلاق وقد سماه الله تعالى صلحا بقوله فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا فيلزم كما يلزم ما صولح عليه من الحقوق ولو كنت من طلب حقها بعد ذلك كان فيه تضرر الضرر الى اكمل حالته ولم يكن صلحا بل من اقرب اسباب المعاداة والشريعة منزهة عن ذلك انتهى وهو انما يفيد عدم المطالبة بالمضي وبه نقول فيستلزم عدم حصول المقصود من شرعيته ذلك الاصطلاح عند الاعراض اما فيما بعده فلا لانه لما لم يجب فكيف يسقط فان قيل يلزم ثبوت الضرر ابتداء قلنا لم يحرم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها لولا مصالحته عليه فاذا اخلف ما دفعت به المكروه عنها فله ان يفعل ما كان يفعله لكان يسعد فيه يحصل الخلاص والله سبحانه اعلم **فرع** تختم بها كتاب النكاح لا يجوز ان تجمع بين الضرائر الا بالرضاء ويكره وطي احداهما بحضرة الاخرى ولها ان لا تجيبه

بلغت

كتاب الرضاع

قال قليل الرضاع وكثيره سواء لان اصل حد الرضاع يتعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات

اذا علمت هذا فان يمينها من اكل مما يأتي من بيعه وشرائه ومن انتفاعه على هذا ان يمينها من التزوج بما يأتي من بيعه كان يحلف لا يأكل من بيعه الخبز المختمر ونحوه وله ضرب بائعه اذا كان يريد ما وتركه الاجابة وهي طاهرة والصلوة وشروطها الا ان تكون في مخيته فليس له جبرها على غسل الجنابة والحيض والنفاس عندنا ويضربها على الخروج من منزله بلا اذنه الا ان احتاجت الى الاستفتاء في حادثة فلم يرض الزوج ان يستفتي لها وهو غير عالم وما لم تقع الى الاستفتاء له ان يمنعها عن الخروج الى مجلس العلم والا ان يكون ابوها زمنا وليس له من يقوم عليه موسرا كان او كافرا فان عليها ان تعصي الزوج في المنع ولو كان له ام شابة تخرج الى الوليمة المعتادة او غيرها لا يمنعها انها ما لم تخرج خروجا للفساد فح يرفع الامر الى القاضي فان اذن له بالمنع له منعها والقيام مقامه والله اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا في ابتداء انشائه الا بالرضاع وكان له احكام تتعلق وهو من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره الى آخر احكامه قيل وكان ينبغي ان يذكره في المحرمات لكنه افرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه والحق انه ذكر في المحرمات ما يتعلق الحرمة به وانما ذكرنا هنا التفاصيل الكثيرة والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها اللبن لغات والرضع المحاسة والكرالاصمعي الكسر مع المد وفعله في الجميع من حد علم يعلم وآهل بحق صاحبه ضرب وعليه قول السلولي يذم علماء زمانه وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد وانما علم بعض اصحابه ونسبه اليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد ابو الفضل في مختصره المسمى بالكافي مع التزامه ايراد كلام محمد في جميع كتبه محذوفة التعاليل وعاتبهم على انه من اوائل مصنفاته وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما اورده من ذلك في كتاب النكاح وهو في اللغة مص اللبن من الثدي ومنه قولهم للحيوان راضع اي يرضع ثمنه ولا يحلبها مخافة ان تسبع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفي الشرع مص الرضيع اللبن من الثدي او ما يجري مجراه في وقت مخصوص اي مدة الرضاع المختلف في تقديرها قوله قليل الرضاع وكثيره اذا تحقق في مدة الرضاع تعلق به التحريم وبه قال مالك لا لوشك فيه بان ادخلت الحكمة في فم الصغير وسكت في الارتضاع لا تثبت الحرمة بالشك وهو كما لو علم ان صبيته ارضعتها امرأة من قريته ولا يدري من هي فزوجها رجل من اهل تلك القرية صح لانه لم يتحقق المانع من خصوص صبيته امرأة والواجب على النساء ان لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة واذا ارضعن فليحفظن ذلك وليشهدنه ويكتبنه احتياطا وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات مشبعات في خمسة اوقات متفاصلة عرفا وعن احمد روايتان كقولنا وكقوله القول صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان الحديث رواه مسلم في حديثين صدره حديث عائشة رضي الله عنها صلى الله عليه وسلم قال لا تحرم المصة والمصتان وآخره عن ام الفضل بنت الحارث قالت دخل اعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لي كانت امرأة فتزوجت عليها اخرى فزعمت امرأة الاولى انها ارضعت الحدثى رضعة او رضعتين فقال صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة والاملاجتان واخرجه ابن حبان في صحيحه حديثا واحدا عن عبد الله بن الزبير عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان فقول الشارح في قوله ولا الاملاجة والاملاجتان انه لم يثبت في كتب الحديث ليس بصحيح والاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة والاملاج الارضاع والملجة الرضعة وملج هوائه رضعها وهذا الحديث لا يصلح لاثبات مذهبه وقيل يمكن ان يثبت به مذهبه بطريق هو ان المصة داخلة في المصتين فاحمله لا تحرم المصتان ولا الاملاجتان فنفى التحريم عن اربع فلزم ان يثبت بخمس وهذا ليس بشيء اولا فلان مذهبه ليس التحريم بخمس رضعات بل بخمس شبعات في وقات واما ثانيا فلان المصة فعل الرضيع والاملاجة الارضاعة فعل المرضعة فاحاصل المعنى انه صلى الله عليه وسلم نفى كون الفعلين محرمين منه ومنها وعلى هذا فالتحقيق انه لا يتأتى حديثا واحدا

لقوله عليه السلام يحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان

لان الاملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع فنفي تحريم الاملاج نفي تحريم لازمه فليس الحاصل من لا تحرم الاملاجتان الا لا تحرم لازمها
انفي المثنيين فلو جمعا في حديث واحد كان الحاصل لا تحرم المصتان ولا المصتان فلزم ان لا يصح ان يراد الا المصتان لا الاربع فان قلت فقد ذكرته
افظا حديثا واحدا في صحيح ابن حبان من رواية ابن زبير عن ابيه قلت يجب كون الراوي وهو الزبير اراد ان يجمع بين الفاظه صلى الله عليه وسلم التي
سمعها منه في وقتين كانه قال قال صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان وقال ايضا لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان وقيل بطريق آخر وهو
انه نافى المذهبين فثبت به مذهب العدد القليل بالفضل وليس كذلك فانه قال بالفضل ابو ثور وابن المنذر وداود وابو عبيد وهو للامة
الحديث قالوا المحرم ثلث رضعات اللهم الا ان لا يثبت قولهم وفيه نظر لقوة وجه بالسبب الى وجه قول الشافعي ورود ذلك الذي اثبت به مذهبه
ما في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت كان فيما انزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات فتوفي النبي صلى الله
عليه وسلم وهي فيما يقرأ من القرآن قالوا هذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه كان يقرأ وانا وهو لا يستقيم الا على ارادة نسخ الكل والا التزم
ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ ونسيه كما عن الروافض والا لوجب ان يتلى خمس رضعات الى فتور الامر من الحاكم بنسخ الكل لعدم التلاوة الآن فينتفي
يوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات ومدرسة فيثبت قول الروافض فذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لشبهة الصحابة كفى واذا بطل
التمسك به وان كان اسناده صحيحا لانقطاعه بالعنعنة ثبت نفي تحريم المصة والمصتان والرضاع محرم وجب التحريم بالثلث وما روي عنها انه كان
في صحيفة تحت سريري فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت داجن فاكلتها لا ينفي ذلك النسخ يعني كان مكتوبا ولم ينسخ بعد للقرب
حتى دخلت الداجن والا فالقرآن لا يجوز الزيادة فيه ولا النقص بعد وصلى الله عليه وسلم قال تعالى انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون تأمل
لكن نسخ الكل ويكون نسخ التلاوة مع بقاء الحكم وان هذا صالا جواب عنه فليس بشيء لان ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج الى دليله والا فاصله
ان نسخ الدال يرفع حكمه واما النظر من الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما فلو لا يعلم بالسنة والاجماع لم يثبت به فاذا احتاج الى ثبوت كون المحرم
الخمس ولم يكن بد الحديث مشتملا فالدليل عليه مختلف وما ذكره ولا قد سمعت فيه فحينئذ يتمسكهم في الثلاث اظهر من تمسك في الخمس نحن
الى خبر ابن احوج فكيف لا يسبر فنعم احسن الا ولا حديث عائشة رضي الله عنها في صحيح مسلم وغيره قالت جاءت سهلة بنت سهيل امرأة ابي حذيفة الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقالت يا رسول الله اني ارى في وجه ابي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال صلى الله عليه وسلم ارضعي سالما خمسا تحرمي بها فكانت ترى
ان مسلما لم يذكر عددا وكذا السنن المشهورة بل نقل في مسند الشافعي ومخالفا لها على ما فيه والجواب ان الاعتقاد مطلقا المنسوخ صح عن عائشة
رضي الله عنها حين قيل لها ان الناس يقولون ان الرضعة لا تحرم فقالت كان ذلك ثم نسخ وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال لا يحرم الرضاع الا ان يكون فصاله
وكثيره يحرم وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان القليل يحرم وعنه انه قيل له ان ابن الزبير يقول لا يحرم الرضعة ولا الرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير
قال تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة فهذا اما ان يكون رد الرواية لنسخها وعدم صحتها او لعدم اجارته تقييد الاطلاق
الكتاب بخبر الواحد فانه تعالى علق التحريم بمطلق الرضاعة من غير فصل وهذا ما قال المصر وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به ثم الذي يحرم
في حديث سهلة انه صلى الله عليه وسلم لم يرد ان يشبع سالما خمس رضعات في خمس وقات متتاليات جائعا لان الرجل لا يشبعه من اللبن رضعة ولا
رضعتان غالبا ولا آدمية في مثل هذا مما يشبعه هذا محال عادة فالظاهر ان معدودة خمس فيه المصات ثم كيف جاز ان يباشر عورة ثديها فيمص فيصل الى

وان حرمها ابوها لكن الاول ارضعنا الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان المحرمية انما كانت لشبهة البعضية
الثابتة بشهور العظم لانبات اللحم لكنه لم يعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع
الثابتين حولان تمام ثلثون شهرا لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقوله تعالى حولين كاملين فتبقى ستة اشهر للحمل ادناها وقد قال
ابن عباس رضي الله عنهما لو ان رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة اشهر لم يفرق بينهما وهذا يدل على ان الحولين ليسا بقيد للحمل ادناها
ستة اشهر فبقي للفصال حولان لا يزاد من حيث انه تعالى حولين لما بين فيه بقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقوله تعالى حولين كاملين
لو كان قول النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين لما بينه الآية ووجهه ان تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها
كالاجل المضروب للدينين لانه لو قام لينقض في احدهما انقطع الى تمام الآخر وكذا هنا لو انقطع اللبن بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره
بادون مدة الحمل لانها ستة فان غذاء الجنين يتغير بغذاء الرضيع ايضا بل انقطاع الحامل احوج لتحول اللبن فيها بخلاف المرضع

ان يحلب شيئا مقدارا ومقدار خمس مصات فيشربه ولا فهو مشكل هذا وهو منسوخ من وجه آخر ايضا كما سياتي بيانه والله اعلم **قوله** قوله تعالى وامهاتكم الآية
ارضعنكم تقدم في استدلال ابن عمر رضي الله عنهما قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحديث في الصحيحين مشهور **قوله** وان الحرمة
كانت بشبهة البعضية جواب سؤال هو ان الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشو الكائن منه وذلك لا يتحقق بادنى شئ اجاب بان ذلك
حكمة لانه خفي والاحكام لا تتعلق بها لتعذرها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع فلو قال الظاهر لا بد من كونه منتشرا للحكمة ومطلقه ليس منتشرا
النشو فلا يتعلق التحريم به قلنا ولا يتوقف النشو على خمس مشبعات بل واحدة تفيده فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تاخير الحرمة عن وقت تعلقها والحق
ان الرضاع وان قل يحصل به نشو يقدر به فكان الرضاع مطلقا منتشرا بالنسبة الى الصغير وقولنا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم منهم علي وابن مسعود رضي الله عنهما
اسند الرواية عنهما النسائي وابن عباس رضي الله عنه وجمهور التابعين هذا والاولى ان يقال للبعضية لان الحرمة بشبهة البعضية واقامة السبب مقام
المسبب انما هي حرمة المصاهرة اما في الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هي الحرمة لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن في الجوف قبل
استحالته كان المحرم شبهتها اي ما يؤول الى الجزئية وينبغي ان يكون الارضاع الموجب للتحريم في مدة الرضاع على ما بين في المسئلة التي تليها

قوله ثم مدة الرضاع التي اذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان وهو قول الشافعي رحمه الله ومالك احمد رحمه الله وقال زفر
ثلثة احوال وعن مالك سنتان وشهر وفي آخرى شهران وفي اخرى ما دام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه وقال بعضهم لا حد له للاطلاقات فيوجب
التحريم ولو في حال الكبر وعن بعضهم الى خمسة عشر سنة وقال آخرون الى اربعين سنة ولا عبرة بهذين القولين **قوله** لان الحول حقيقة الخ هذا وجه قول
زفر رحمه الله وحاصله انه لا بد من مدة يتعود فيها الصبي غير اللبن لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبي لتغير الغذاء والحول حقيقة
للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة فقدر بالثلثة وهذا هو المراد بقوله لما بينا اي في دليل ابي حنيفة رحمه الله وحمله وفصاله ثلثون
شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين رواه الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما بهذا اللفظ
الا ما كان من حولين وظاهر ان المراد نفي الاحكام وقال لم يسنده عن ابن عيينة الا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ انتهى وكذا وثقه احمد رحمه الله والعجلي وابن
حبان وغيرهم وقد روي موقوفا على ابن عباس رضي الله عنهما بإسناد صحيح اخرجه ابن ابي شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلى الدارقطني على ابن عمر والظاهر الادلة لها قوله تعالى
والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة فجعل التمام بها ولا مزيد على التمام وقال في حقيقة رحمه الله هذه الآية ووجهه
سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة وكانت لكل واحدة منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين على شخصين بان قال اجلت الذي لي على فلان
والذين الذي لي على فلان سنة يفهم منه ان السنة بكمالها لكل او على شخص فيقول لفلان علي الف درهم وعشرة اقضيه الى سنة فصدقه المقر في الاجل
فاذا مضت السنة تم اجلهما جميعا لانه قام المنقض في احدهما اي في مدة الحمل وهو قول عائشة رضي الله عنها لو لد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين وا
بقدر ظله مغزل وفي رواية ولو بقدر ظل مغزل ومثله مما لا يقال الا سماعا لان المقدرات لا يهتدي العقل اليها وستخرجه في موضعه انشاء الله تعالى
وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين فتبقى مدة الفصال على ظاهرها غير ان هذا يستلزم كون لفظ
ثلاثين مستعملا في اطلاق واحد في مدلول ثلثين وفي اربعة وعشرين وهو الجمع بين الحقيقي والمجازي بلفظ واحد وكونه بالنسبة الى شيئين لا يبقى كذلك وهو الممتنع والا لم تمتنع لانه ما من جمع الا بالنسبة الى شيئين واشكال آخر وهو ان اسماء العدد لا تجوز بشئ منها في الآخر ورد عليه كثير من المحققين

قال واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشوز وذلك في المدة اذ الكبير لا يترب به

لانها بمنزلة الاعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة ضعف ثمانية عشر بالتنوين وممن ذكره صاحب النهاية في فصل المشية من كتاب الطلاق لانه تقتضي ان نحو عشرة الاثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فاخرج ثم اسند الى ثمانية وهو قول طائفة من الاصوليين مطلقا ومختار طائفة من المشايخ فيما اذا كان استثناء من عدد منهم شمس الائمة وفخر الاسلام والقاضي ابو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه في الاصول ويمكن ان يستدل للاجنبية بقوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الآية بناء على ان المراد بالوالدات المطلقات بقرينة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فان الفائدة في جعلها نفقتها من حيث هي ظهرت من وجه منها في اعتباره ايجاب نفقة الزوجة لان ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ومن قوله تعالى لينفق ذو سعة الآية ولان نفقتها لا تختص لكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجية بخلاف اعتبارها نفقة الظئر فيكون ح اجرة لهما لان النفقة باعتبار ما ظهر اغيرية وجه لا يكون الا اجرة لها واللام من لمن اراد متعلق يرضعن اي يرضعن الآباء الذين اراد واتمام الرضاعة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف اجرة لهن في الحولين واذا كانت الوالد من وعلى المولود له للحال من فاعل يتم كان اظهر في تقييد الاجرة المستحقة على الآباء اجرة للمطلقة لحولين وغاية ما يلزم انه كان مقتضى الظاهر ان يقال وعليه او عليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون المولد منسوبا اليه وان النسبة الى الآباء والحاصل ح يرضعن حولين لمن اراد من الاباء ان يتم الرضاعة وبالاجرة وهذا لا يقتضي ان انتهاء مدة الرضاعة مطلقا بالحولين بل غاية استحقاق الاجرة بالارضاع ثم يدل على بقائها في الجملة قوله تعالى فان اراد فصالا عطفا بالفاء على يرضعن حولين فعلق الفصال بعد الحولين على تراضيهما وقد يقال كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع الحرم بعد الحولين فاين الدليل على انتهائها بستة اشهر بعدهما بحيث لو ارضع بعدها لا يقع التحريم وما ذكر في وجه زيادتها لا يفيد سوى انه اذا اريد الفطام يحتاج اليها ليعود اليها غير اللبن قليلا قليلا لتتعذر نقلة دفعة فاما انه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس بلازم مما ذكر من الادلة ولا شك ان الشرع لم يحرم الحامة غير اللبن قبل الحولين فليلزم زيادة مدة التغذي بلبنها فجاز ان يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائها فيفطم عنده من اللبن بمرة فليس الزيادة بلازمة في العادة بل في الشرع فكان الاصح قولهما وهو مختار الطحاوي وقول زفر على هذا اولى بالبطلان وهو ظاهر ح فقوله تعالى فان اراد فصالا عن تراض منهما وتشاور المراد قبل الحولين فانه موضع التردد في انه يضر بالولد او لا فيتشاوران لينظر وجه الصواب فيه واما ثبوت الضرر بعد الحولين فقبل ان يقع به من حيث انه فطام بل ان كان فمن جهة اخرى فتمنعه العمومات المانعة من ادخال الضرر على غير المستحق له **قوله** واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم فطم اولم يفطم حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافا لمن قال بالتحريم ابدا للاطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به وهو مروي عن عائشة رضي الله عنها وكانت اذا اراد ت ان يدخل عليها احد من الرجال امرت اختها ام كلثوم او بعض بنات اختها ان ترضعه خمسا لحديث سهلة المتقدم والجواب ان هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم اجمعين يفيد اتفاقهم عليه فمنها ما قدمناه في استدلالها من قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا ما كان في حولين وقد مناتخريجه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلى وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم اجمعين وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الفصال والمراد نفي الحكم لانه قد ثبت بمؤنته بعده وما في الترمذي من حديث ام سلمة انه صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء في الثدي وكان قبل الفطام قال الترمذي حديث صحيح وفي سنن ابي داود من حديث ابن مسعود يرفعه لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم والنشز العظم يروى بالراء المهملة اي احياء ومنه قوله تعالى ثم اذا شاء انشره وبالزاء رفعه وبالزيادة الجحم يرتفع وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها دخل علي رسول الله

ولا يفطر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رح اذا استغنى عنه وصح الفطام النشو بغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان ابنته حقيقة ضرورية للمرتجى ولا ضرورة الى الارضاع بعد المدة والاصح انه يباح لان الحرمة لا تثبت بالشك ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه ولان الام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها اما ان تكون ام امرأة او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز ان تزوج اخت ابيه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانها ان كانت موطوءة ابيه حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع

صلى الله عليه وسلم رجل فقال يا عائشة رضعني من هذا الثدي فقالت يا رسول الله انما رضعت من الثدي ولم ارضع من الثدي فقال يا عائشة رضعت من الثدي فان الرضاعة من المجاعة يعني اعرفن اخوانكن بحثية ان يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبر فان قلت عرف من اصلكم ان عمل الراوي بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون بمنزلة روايته للنسخ وحديث الصحيحين وهو قوله انما الرضاعة من المجاعة روته عائشة رضي الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكوما بنسخ كون الرضاع الكبير محرما قلنا المعنى انه اذا لم يعرف من الحال سوى انه خالف مرويه فمن الجائز ان يكون قد اطلع على ناسخه في نفس الامر ظاهرا لان الظاهر ان الظني في ظن غير الناسخ ناسخا لا قطعا فلو اتفق في خصوص محل بان عمل بخلاف مرويه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للمجتهد غلطه في استدلاله بذلك الدليل لاشك انه لا يكون ما يكتم فيه بنسخ مرويه لان ذلك ما كان الا لاحسان الظن بنظره فاما اذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رايه في الموطأ لمسلم ابي داود عن يحيى بن سعيد ان رجلا سال ابا موسى الاشعري فقال اني مصصت من امراتي من ثديها لبنا فدخل بطني فقال ابو موسى لا اراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما يفتي به الرجل فقال ابو موسى فما تقول انت فقال عبد الله لا رضاعة الا ما كان في حولين فقال ابو موسى لا تسالوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم كذا في رواية الموطأ فرجوعه اليه بعد ظهور النصوص المطلقة دعما افتاه به الجرمة لا يكون الا ليقين كرهه النافي او لتذكره عند وغير عائشة رضي من نساء النبي صلى الله عليه وسلم ما بين ذلك ويقولون لا ترى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسالمة خاصة ولعل سببه التضمن ما ينافي اصول الشرع حيث يستلزم مشقة عظيمة تنافي شفقته فيحكم باذن ذلك خصوصية وقيل لشبهة ان عائشة رضي الله عنها روت في الموطأ عن ابن عمر رضي الله عنه ان عمر رضي الله عنه جاء رجل الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال كانت لي وليدة فكنت اصيب منها فحملت فاعتزلها فحملت عليها فقالت ما ذنبك قد والله رضعته اخال عمر رضي الله عنه اخال رضعها وانت جارتك فاتاها الرضاعة رضاعة الصغر قوله ولا يباح الفطام قبل المدة حتى لو فطم قبل المدة ثم ارضع فيها ثبت التحريم الا في رواية عن ابي حنيفة انه اذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفي بغير اللبن لا تثبت الحرمة اذا رضع فيها رواها الحسن عنه وفي واقعات الناطفي الفتوى على ظاهر الرواية انها تثبت ما لم تمض مدة تامة للمضغة مقام المنية فان ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء وهل يباح الارضاع بعد المدة قيل لا لانه جزء الآدمي فلا يباح الانتفاع به الا للضرورة وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوي واهل الطب يثبتون للبن النبت اي الذي نزل بسبب نبت مرضعة نفعا لرجع اللبن واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الريبة لا يخفى ان حقيقة العلم متعذرة فالمراد اذا غلب على الظن والا فهو معنى المنع قوله ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه وهو بهذا اللفظ قوله لانها اخته من الرضاع يصح اتصال من الرضاع بكل من الام والاخت وبهما من جهة المعنى فالاول ان يكون للرجل اخت من النسب لها ام من الرضاعة لكن ارضعته تحل له والثاني ان يكون لها اخت من الرضاعة لها ام من النسب تحل له جهة الرضاعة اذا لم تكن هي المرضعة والثالث ان ترضع الصبي والصبية امرأة ولا اخته من الرضاعة ام اخرى من الرضاع تحل لكل منهما جهة الام اما من جهة الضاعة فانما تتعلق بالام لا بالاخت لان الام مرضعة فهي الجار والمجرور حالا من الضمير المستتر في متعلقا محذوف وليس صفة لانه مرضعة اعني اخته بخلاف اخته لانه مضاف اليه وليس فيه شيء من مسوغات مجيء الحال منه ومثل هذا يجيء في اخت ابنه ولو قال اخت ولده كان اشمل فالاولاد لا يدخلون من النسب في اخت من الرضاعة بان ارتضع مع اجنبية من لم تكن امرأة ابيه حلت لابيه لانها ليست بنته من الرضاعة ولا اجنبية والثاني لابن من الرضاع بان ارتضع زوجة الرجل حلت للرجل اخته من النسب والثالث لابن من الرضاع كما ذكرنا اخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بان ارتضع ذلك الولد امرأتين حلت اخته ابيه من الرضاعة وعلم استثناء الاول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذي هو معنى قوله بخلاف الرضاع لعلة الحرمة في ام اخته

وام امرأة ابيه او ام امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصل في النصرانية اسقاط اتباع النبي

من النسب بكونها امه او موطوءة ابيه وكذا في تعليله اخراج اخت ابنه من الرضاع بقوله ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع بعد تعليله حرمة اخت الابن من النسب بقوله لانه لما وطئ ابوها حرمت عليه ابنته اقتصر على هذا البناء على ما قالت ابنته لوضوح الشق الآخر فافاد بالتعليلين ان المحرم في الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب بشيادته اذا انتفى في شئ من موضع الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد انه لا حصر فيما ذكر وقد ثبت لذلك الانتفاء في صور الاخرى للاولى ام الناقلة من الرضاع بان ارضعت ناقلتك اجنبية يجوز التزوج بها لانتفاء سبب التحريم في النسب وهي كونها بنتا او حليلة الابن لثبوتها جدة ولذلك من الرضاع بان ارضعت ولدك اجنبية لها ام يجوز تزوجك بالام لانها ليست ام ولد بعضهم ام العم من الرضاع وام الخال من الرضاع لانتفاء كونها جدة ولذلك لانها من النسب اختك وليست اختا من الرضاع وكذا المرأة يحل لها ان تتزوج بابن اختها من الرضاع وبابنك ولدتا وباخي حفيدتا منه وبحفيدك ولدتا منه وخالك ولا يجوز ذلك كله في النسب لما قلنا في حق الرجل وقد جمعت في قوله يفارق النسب الرضاع في صور كام ناقلة وجده لولد وام عم واخته ابن وام اخ وام خال وعمته ابن اعتمد واستشكل الحاق ام العم وام الخال بانتفاء ان يكون كل منهما جدته من الرضاع او موطوءة جدة من الرضاع وكلاهما محرم في النسب الا ان اراد بالعلم من الرضاع من رضع به ابنه وبالخال من رضع مع امه ولد اخرى من النسب او الرضاع فح يستقيم ولقائل ان يمنع الحصر لجواز كونهما لم ترضع اباه ولا امه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جد قبل اجنبية ارضعت عمه من النسب خاله ثم قال طائفة هذا الاخراج تخصيص للحديث اعني يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل والمحققون على انه ليس تخصيصا لانه احال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب وما يحرم بالنسب هو المتعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الامهات والبنات واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت فما كان من مسمى هذه الالفاظ متحققا في الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شئ منها مسمى تلك فكيف يكون مخصصته وهي غير متناولة وكذا اذا خلا تناول الاسم في النسب جاز النكاح كما اذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما ان يتزوج بنت الآخر وان كانت اخت ولده من النسب وانت اذا تحققت مناط الاخراج امكنك تسمية صور اخر هي والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب ان يكون منقطعا اعني قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الام اخته الخ وعلى هذا في الاستدلال على تحريم حليلة الاب والابن من الرضاع لقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مشكل لان حرمتهما ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية فان المحرمات من النسب سبع وهن اللاتي عددناهن آنفا كما في آية المحرمات وما بعدهن فيها المحرمات بالرضاع والصهرية ومقتضى الحديث ان ما كانت امامن الرضاعة او بنتا او اختا او بنت اخ الخ محرم فاثبات تحريم حليلة كل من الاب والابن من الرضاع ليس من مقتضى قوله بلا دليل بل الدليل يفيد خلافه وبتقييد الاصلاب في الاية وكونه لاخراج حليلة المتبنى لا ينفي ان يكون لاخراج حليلة الاب والابن من الرضاع اصلا لذلك فكان لاخراجهما ايضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوقف على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه بخلاف حرمة الجمع بين الاختين من الرضاع فان الحديث مذكور بقيد منعه لانه يحرم من النسب الجمع بين الاختين منعه فكذا الجمع بين اختين من الرضاع فان قلت فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية فان الجواب ان الجزئية المعتبرة في حرمة الرضاع هي الجزئية الكائنة عن النساء بنبات اللحم لا مطلق الجزئية الكائنة وهذه ليست الجزئية الكائنة في حرمة المصاهرة اذ لا نبات للحم من المني المنصب في الرحم لانه غير واصل من الاعلى فهو بالحقنة اشبه منه بالشرب بحيث يخرج كلها شيأ فشيأ لا يبقى منها شئ ولا يستحيل الى جوهر الانسان كما يخرج المني ولذا فلا يبقى منه في المرأة شئ يستحيل الى جوهرها **قوله** وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب اي كما لا يجوز تزوج امرأة ابيه وابنه من النسب كذا لا يجوز تزوج امرأة ابيه وابنه من الرضاع فان قيل ذكر الاصلاب في آية المحرمات يخرجهما اجيب بانا نزلت لاسقاط طعنهم لسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبنى فالقيد لاسقاط حرمة زوجته بقي

فان ارضعت صبية بلبن الفحل تعلق به التحريم وهو ان تزوج المرأة صبية فتحرم على الصبية على ابيها ابناؤه وابناء ابنائه ويصير الزوج
اخا ما بناء ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان تزوج المرأة صبية فتحرم على الصبية على ابيها ابناؤه وابناء ابنائه ويصير الزوج
الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي رحمه الله لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البضعة واللبن
ببضعة بعضه وكلنا نأكل ونبنا واحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها اليلج
عليك افلحه فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة
لحيطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه
من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها

ان قال فمن اين ثبت تخصيصها بالجواب بعموم حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد علمت ما في الجوابين ومن فروعها فرع لطيف وهو رجل
زوج امة له ولدت من رضيع ثم اعتقها فاختارت نفسها ثم تزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت الرضيع الذي كان زوجها فارضعته حرمت على زوجها
لان الصغير صار ابنا له فلو بقي النكاح صار متزوجا بامرأة ابنه من الرضاعة قوله على ما بيناه اي في فصل المحرمات قوله ولبن الفحل هو من اضافة
الشيء الى سببه يتعلق به التحريم يعني اللبن الذي نزل من المرأة لسبب ولادتها من رجل زوج او سيد يتعلق به التحريم بين من ارضعته وبين ذلك الرجل
بان يكون ابا للمرضيع فالحاصل ان كانت صبية لانه ابوها ولا اخوته لانهم اعمامها ولا لابائه لانهم اجداد ولا لاعمامه لانهم اعمام الاب ولا
لاولاده وان كانوا من غير المرضعة لانهم اخوتها لابيها ولا لابنائه اولاده لان الصبية عمتهم واذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فيهما او في
اولاده لبن الفحل تعلق به التحريم بين من ارضعته وبين ابيه وابنائه وابناء ابنائه ولا يتعلق بين من ارضعته وبين اعمامه ولا بين اولاده
فلا يتزوج ابوها لانه جدها ولا اعمامه لانهم اعمامها ولا اولاده لانهم اخوتها ولا ابناؤه لانهم بنات اخته ولا ابناؤهما ان كانوا من غير صاحب اللبن لانهم
اخوتها لابيها ولو كان رجل زوجتان ارضعت كل منهما ابنا لا يحل لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان من الرضاع لا ب بخلاف ما لو تزوجت
برجل وهي ذات لبن لآخر قبله فارضعت صبية فانها صبية للثاني وبنت للاول فيحل تزوجها بابناء الثاني وابنائه ولو كان المرضع صبيا حصل له
تزوجه بنبات هذا العالم كلهن من الثاني فاذا ولدت من الثاني فان ارضعت رضيعا فهو ولد للثاني وان حبلت من الثاني وهي ذات لبن من الاول فما
ولد اللبن من الثاني والرضيع به ولد له عند ابي حنيفة رحمه الله وثبت منه الحرمة خاصة وعند محمد رحمه الله ولد لما ثبتت الحرمة من الزوجين وقال ابو يوسف رحمه
ان علم ان اللبن من الثاني بامارة كزيادة فهو ولد الثاني والا فهو ولد الاول وعندهما ان كان اللبن من الاول غالبا فهو ولده وان كان من الثاني غالبا فهو
ولد الثاني وان استويا فلهما وبقول ابي حنيفة قال الشافعي رحمه الله في الجديد وقد حكى الخلاف بكذا ان زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الاول عند ابي حنيفة رحمه الله
وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا النسب يقول مخرجا فيما اذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيهما وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فارضعت به ثم حبلت
لبنها ثم ولدت لها فارضعت به صبية فان لو لد زوج المرضعة من غيرها التزوج بهذه الصبية لان هذا ليس لبن الفحل ليكون هو ابا كما لو لم تلد من الزوج
اصلا او تزل لها لبن فانه لا تثبت بارضاعها تحريم بين ولد زوجها ومن ارضعته لانه ليس لبنه لان نسبته اليه ليس بسبب الولادة منه فاذا انتفت انتفت النسبة
وكان كلبن البكر ولبن الزنى كالحلال فاذا ارضيت بهذا حرمت على الزاني وآبائه وابنائه وابناء ابنائهم وان خلفوا وفي التجنيس من علامة اجناس
الناطفي عن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس لا يجوز للزاني ان يتزوج بالصبية المرضعة ولا بابنيه ولا باحد اجداده ولا احد من اولاده
واولادهم ولهم الزاني ان يتزوج بها كما يجوز لان يتزوج بالصبية التي ولدت من الزاني لانه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على آباء
الزاني واولاده ولا عتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم واذا ثبت هذا في حق المتولد من الزنى فكذا في حق المرضعة بلبن الزنا قال في
الخلاصة وكذا لو لم تحبل من الزنا وارضعت لابن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتها عليه من النسب وذكر الويري ان الحرمة تثبت من جهة الام فقط دون
الاب وثبت من الاب وكذا ذكر الاسبيجابي وصاحب الينابيع وهو الوجه لان الحرمة من الزنا للبعضية وذلك في الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون
اللبن اذ ليس اللبن كائنا عن منيه لانه فرع التغذي بخلاف الولد والتغذي لا يقع الا بما يدخل من اعلى المعدة لا من اسفل البدن كما حققه الاطباء
فالحرمة بخلاف ثابت النسب لان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اثبت الحرمة وبه يستدل على ابطال قول ضعيف
شاذ في ما اذا ثبتت الحرمة من الزوج ونقل عن بعض الصحابة رضي الله عنهم انه لا حرمة بين الرجل وبين من ارضعته وجته لانه لو نزل للرجل لبن فارضعت صغيرة حلت

وكل صبيين اجتمعا على ثدي امرأة ولبنها لا يتزوج أحدهما بأخرى هذا هو الأصل لأن لبنهما لبن فحلهما فأخت ولد أحدهما أخت ولد الآخر فلا يتزوج المرضعة أحد الثلاث الرضيعة كابنه لبنها ولد ولدها ابنه ولد ابنها ولا يتزوج الصبي المرضع أخت زوج المرضعة لأنها عمته من الرضاع وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب يحكم به التحريم وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول إنه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر مقابلة الغالب كما في اليمين وإن اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وإن كان اللبن غالبا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال الرضوعي فيما إذا لم تمسه النار حتى طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لأن العبرة للغالب كما في الماء إذا لم يغيره شيء عن حاله وله أبو حنيفة رحمه الله أن الطعام أصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب وله معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لأن التغذي بالطعام إذا هو الأصل

تكيف تحرم بلبن هو سبب لبعد فيه ولنا الخبر المذكور وما روي عن عائشة رضي الله عنها في الصحيحين أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته فقال ائذني له فإنه عمك تربت يداك وفي رواية ترتبت يمينك أي فيرجع مع الأحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث يتفيد وسماه ذلك المعقول على أنه قد قيل إنه لا يتغذى الولد به وإنما اللبن الرجل فسيكره المعيرة وإذا ترجح عدم حرمة الرضيعة بلبن الزاني على الزاني كما ذكرنا فعدم حرمتها على زان ليس اللبن منه أولى بخلاف ما في الخلاصة ولكن يخالف المسطور في الكتب المشهورة إذ يقتضي تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بالطريق الأولى وتقدم البحث في دلالة حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب على حرمة البهيمة من الرضاع

قوله ولأنه سبب لنزول اللبن منها فتضاف الحرمة إليه احتياطا كالمصاهرة وأنت علمت الفرق بل حقيقة الحال أن حقيقة البضعية تثبت بين المرضعة والرضيع فثبتت حرمة البنية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد

قوله وكل صبيين يريد صبيا وصبية فغلب المذكر في التثنية كالقمرين وهو أحد أسباب التغليب كالخفة في العمرين فإن عمر أخف من أبي بكر ولو ثنى بحسب أبي بكر فعند البصريين يكتفي بتثنية المضاف فيقال أبو بكر هو الكوفيون يثنون الجزئين فيقولون العمران والشهر والأقراء للأقراء بن حابس وأخيه

قوله ولا تزوج المرضعة بفتح الضاد لو ورث ويجوز كونها فاعلا فيضبط أحد ومفعوله فيرفع وما في الكتاب ظاهر ولا فرق بين كون ولد التي أرضعت رضع مع المرضعة أو كان سابقا ما لم يمض سنتين كثيرة أو مسبوقا بأرضاعها بأن ولدته بسنتين وكذا لا تتزوج أخت المرضعة لأنها خالته

قوله وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله وقال الأصح أنه إذا كان للبن قدر خمس رضعات حرم وإلا فلا وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع وجامد واعتبر بالكثرة في جميع ذلك أن يكون اللبن مستهلكا

قوله هو أي الشافعي رحمه الله يقول إذا بقي اللبن على ظاهر تقل المضرعة وعلى ما هو الأصح فمرجع الضمير المقدر المحرم فيه موجود فيه حقيقة فيستلزم حكمه من التحريم

قوله ونحن نقول حاصله القياس على اليمين على أن لا يشرب لبنا فإنه لا يتعلق الحنث بشربه مغلوبا بالماء لأن الظاهر حكم الغالب فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك والظاهر أن حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا لعدم تعلق التحريم لاختلاف حكم الأصل والفرع لأنه في الأصل حرمة الشرب بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى وفي الفرع أصل الشرب والسقي فيرد أنه يترتب عليه حرمة النكاح ورجح الشافعي رحمه الله أن يقول بانتفاء الفارق وهو بناء الأيمان على العرف والعرف لا يعتبر المغلوب فلا يقال لشارب ما فيه لبن مغلوب شربت لبنا إلا أن يقال مخلوطا فيقيد به وأما ما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا عبرة بهذا إلا أن يقال إنه إذا كان مغلوبا بالماء فيكون غير منبت لذلك لا عبرة بالمظنة عند تحقق المئوي عن المنبت هذا إذا اختلط بالماء أما لو اختلط بالطعام ففي المسألة التي ذكرنا عيب هذه وتحولها بأنه كقولهم في الاختلاط بالماء وعندنا بأبي حنيفة رحمه الله لا يتعلق به تحريم وإن غلب اللبن هذا إذا لم تمسه النار أما إن طبخ فلا تحريم مطلقا بالاتفاق لهما أن العبرة للغالب فصار كالماء إذا لم يغيره شيء عن حاله ولنا أن الطعام أصل واللبن تابع فيما هو المقصود وهو التغذي وهذا لأن خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع إلا بعد تعهوده بالطعام والتغذية به وعند ذلك يقل التغذية باللبن وتشوه به فقد اجتمع في موضع ما ينبت واحدا هما أكثر وهو الطعام فيصير الآخر المرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فإن قيل فرض المسألة أن اللبن غالب في الضعة لما عند رفع اللقمة فأكثر الواصل إلى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبر بالخليط اللبن إن غلب وإثبتنا المرة ثم قال المصنف لا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح

وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم كان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقوم به على الوصول واذا اختلط اللبن بالماء المشاة وهو الغالب تعلق به الحرمة وان غلب اللبن الشاة لم تعلق به الحرمة اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند ابي يوسف رح لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد رح يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رح كذا روايتان واصل المسئلة ان الماء واذا نزل للبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لانه لا نص لان الشرب يثبت به انبات اللحم والعضية واذا خلط لبن المرأة بمثله موتها او بالخل او بالماء او بالدواء او بالدهن او بالسمن او بالزيت او بالعسل او بالخل او بالماء او بالدواء او بالدهن او بالسمن او بالزيت او بالعسل

احترازا من قول من قال من المشايخ ان عدم اثبات الحرمة رواية والحرمة واللبن غالب هو اذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة اما معه فتحرم اتفاقا لان تلك القطرة اذا وقعت الجوف اثبتت التحريم والصحيح اطلاق عدم الحرمة لان التغذي ح بالطعام والتغذي مناط التحريم قوله فان اختلط اي اللبن بالدواء حاصله انه كما ان اللبن اذا كان غالبا مع الدواء ظهر قصد اللدواء للتغذية وعلى هذا اذا اختلط بالدهن او النبيذ تعلق به التحريم سواء او جر بذلك او سقط قوله واذا اختلط اللبن بلبن شاة فان كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصغير اياه او لبن الشاة لا يتعلق به تحريم لان لبن الشاة لما لم يكن له اثر في اثبات الحرمة لتحريم كان كالماء فيعتبر الغالب وله تساويا وجب شبعت الحرمة لانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا قوله واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند ابي يوسف رح وبه قال الشافعي رح وقال محمد رح تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول الشعبي رح وعن ابي حنيفة رح روايتان كقول ابي يوسف رح ورواية كقول محمد رح وجه قول ابي يوسف رح جعل الاقل تابعا للاكثر وجه قول محمد رح ان الجنس لا يغلب الجنس لانه مستهلك فيه فلم يكن شيء منهما تبعا للآخر فيثبت التحريم من كل استقلالا قال واصل المسئلة في الايمان اذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى فشربه ولبن البقر فيه المحلوف عليها مغلوب ففي النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بينا وقال الشارح عند محمد رح يحنث وعندهما لا يحنث ولا يخفى انه انما يكون اصلا للخلاف اذا كان على ما في النهاية وكان ميل المصنف الى قول محمد رح حيث اخر دليله فان الظاهر ان من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر واصله ان السكوت ظاهر في الانقطاع ورجح بعض المشايخ قول محمد ايضا وهو ظاهر قوله واذا نزل للبكر لبن يتعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشوز وعليه الاربعة الا في رواية عن الشافعي رح ورواية عن احمد لانه نادر فاشبه لبن الرجل قلنا ندرة الوجود لا تمنع عمل الدليل اذا وجد وسنذكر له بقية قوله واذا حلب لبن امرأة بعد موتها فاوجر به صبي تعلق به التحريم وبه قال مالك واحمد رح خلافا للشافعي رح وهو بقوله المار في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى به الحرمة الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لو حلب لبن البهيمة لا يوجب وطيها حرمة المصاهرة وقلنا ان السبب الحرية وحاصله الفارق بين الاجماعية وهي ما اذا كانت حية والخلافية وهي ما اذا كانت ميتة وهو موتها لان حيوتها ليس جزء السبب لتتفق الحرمة بانتفائه بل حصول الجزية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وهو حاصل بلبن الميتة والا رتضاع تمام العلة وموتها غير مانع لان مانعيته ان اضيفت الى انتفاء محليتها منعناه لثبوت بعضها كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة وتيممها لانها محرمة ام زوجته وايضا بالنسبة الى غيرها حتى لا يجوز له الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لانها اختان او بالنسبة الى حرمة نكاحها فقط منعنا ما شيرة في افادة المانعية بل مفسدة انتفاء الحكم مطلقا فان بين المانعية بان الحكم وهو حرمة النكاح يثبت او لا فيها ثم يتعدى قلنا ان اردت انه لا يتعدى الى غيرها الا بعد ثبوته فيها منعناه بل ولك عكسه اتفاق محليتها ح من ان الحرمة انما تثبت في الكل معا شرعا والتقدم في الام ذاتي لا زماني فاذا تحقق المانع في حقها ثبت فيمن سواها ولو على التداعي بخلاف اللبن والحرمة كرامة اذ فيه تكثير الاعوان على المقاصد والسكن وبالموت تنجس فان اراد عينا منعناه بل لبن الميتة الطاهرة طاهر عند الجميع وقد اسلفنا توجيه بان التنجس بالموت لمجاورة الحيوة قبله وهو منتف في اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس اذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن الى ظاهر والمتيقن من الشرع فيه انه لا يوجب تغيرا وصفه بخلاف البول وابو يوسف رح ومحمد رح انما قالا بتنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة كما لو حلب في انا نجس او وجر به الصبي تثبت الحرمة وان اراد التنجس منعناه ولما ذكرناه والوجور الدواء يصب في الحلق قسرا بفتح الواو والسقوط صبه من الالف ويقال اوجرته ووجرته قوله انا الحرمة في الوطي جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطيها بالفرق وهو ان سبب الحرمة في الرضاع

واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رحمه الله يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء عند التحريم والرضاع منه النشوز لا يوجد ذلك لان الغذاء وصوله من الاعلى واذا مص الرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوز والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور مما يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه كجزئية بين بني آدم والبهائم والحرمة باعتبارها

الانبات والنشوز بواسطة التغذي وفي حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ولا تصور للولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية بخلاف الجزئية المعتبرة في الرضاع لانها واقعة في الحال بين الميتة **قوله** واذا احتقن قال في المغرب الصواب حقن اذا الجوج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز قال في النهاية لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنة كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى يريد ان منع البناء للمفعول على ما في المغرب لعدم التعدي واذا قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد انه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ وهذا خطأ لان ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعدية الافتعال منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال واذا احتقن الصبي بل الى الحقنة وهي آلة الاحتقان والكلام في بناء للمفعول الذي هو الصبي ومعلوم ان كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة الى المجرور والظرف كجلس في الدار ومر بزيد وليس من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة الى المفعول بل اذا كان متعديا اليه بنفسه ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين اصحابنا في كثير من الاصول وهو قول الائمة الاربعة وكذا لا تثبت بالاقطار في الاحليل والاذن والجائفة والآمة كذا اطلقه بعضهم ونص آخرون على انه اذا وصل الى الجوف تثبت الحرمة وبعضهم ذكر انه روي عن محمد رحمه الله ثبوت الحرمة بالحقنة ووجه الظاهر ان المناط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل من السافل بل الى المعدة وذلك من الاعلى فقط والاقطار في الاحليل غاية ما يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي وكذا في الاذن الضيق الثقب وفيه نظر لتصريحهم بالنظر باقطار الدهن في الاذن لسرعة وصوله الى باطنه لانه ضيق والاوجه كونه ليس مما يتغذى به وينبت وان يصل بسرعة من ترطيب ونحوه والمفسد في الصوم لا يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجود والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا **قوله** واذا نزل للرجل لبن فارضع به صبية لم يتعلق به تحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوز والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة وقد تذكر في بعض الحكايات انه اتفق لرجل ارضاع صغير فان صح فهو من خوارق العادات لا يبنى الفقه باعتباره وعلى هذا يلزم انه لو نزل للبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم وهو محكم بانه ليس بلبن كما لو نزل للبكر ما صغير لا يثبت من ارضاعه تحريم والوجه الفرق لعدم التصور مطلقا فاذا تحقق لبنا تثبت الحرمة بخلاف الرجل لان الحاكم لازم وانما هذا ليس بلبن **قوله** واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها اعلم ان ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة لجزئية فان الوطي ابتذال وامتهان وارتفاق ولهذا روي عنه صلى الله عليه وسلم قال النكاح رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته ولا يحسن صبي من يستفيد جزء نفسه وجبلته لغيرها اذا كان الرضيع صبيا بالنسبة الى المرضعة مكرمة لها وجعلت في الشرع امالة بسبب ان جزءها صار جزئية كما ان الامية من النسب كذلك اذ جزء الام جزء الآخر جزء الاب والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره فاتما خلقها للابتذال الآدمي لها على انحاء الابتذال لما ذون فيه من مالكها سبحانه قال تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وفي آية اخرى فمنها ركوبهم ومنها تاكلون وهو سبحانه مالك الاشياء والحكيم على الاطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفضيل الدنيوي فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها بل ولحمها وحصول الجزئية مزية لها على الآدمي توجب مثل ما توجب لمساويه في نوعه من الاكرام والاحترام فلم يعتبر الشاة ام الصبي والانكان الكبش اباه والاخية فرع الامية وكذا سائر الرحم بعدما انما تثبت بتبعية الامية حتى الابوية فانه لا جزء في الرضيع منه بخلاف الاب من النسب لان جزء الفصيل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن انما يتولد من الغذاء والكائن من ماء الرجل انما يصل من اسفل والتغذي لبقاء الحيوة والجزء لا يكون الا مما يصل من الاعلى الى المعدة ولكن لما ثبت الشرع امية زوجته اعتبر الرضاع

واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر واسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة انكانت قد قبضت به الفساد وان لم تقبض فلا شئ عليها وان علمت بان الصغيرة امرأته وعن محمد انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اتلفت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر فذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا واما ثبت ذلك باتفاق الحال اولان فساد النكاح ليس بسبب لازم للمهر بل هو سبب لسقوطه لان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرط البطلان النكاح واذا كانت مسببة لشرط فيه التعدي كحفر البئر انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك من الصغيرة دون الافساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا

لبن هو سبب فيه اثبت لهو بنة الرجل لابوته وبين لام ولاب ولاخوة ولاتحريم ونقل ان الامام محمد بن اسمعيل البخاري صاحب الصحيح افتى في بخارا بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماء بالحضرة عليه وكان سبب حزوجه منها والله سبحانه اعلم ومن لم يدقق نظره في مناطات الاحكام وحكمها كثر خطاه وكان ذلك في زمن الشيخ ابي حفص الكبير وهو والد ابي عبد الله الشافعي رضي الله عنهما ولد في العام الذي توفي فيه ابو حنيفة رحمه الله وهو عام خمسين ومائة

قوله واذا تزوج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه صار جامعا بين الام والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لانها ام امرأته والعقد على البنت يحرم الام واما الصغيرة فان كان الذي ارتضعتها الكبيرة نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت بالرجل وهي في حجره او نزل لها من ولد ولدته للرجل كان حرمتها ايضا مؤبدة كالكبيرة لانه صار ابا لها وان كان

وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رحمه الله يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسي قلنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفضل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول ينفك عن زوال الملك فاعتبرا امرا دينيا والله اعلم

في كونه سببا ما بينا واذا كانت مسببة يشترط فيه اي في لزوم الضمان التعدي كحفر البئر تسبيب للاهلاك فان كان في ملكه لا يضمن ما تلف فيه او في غيره ضمنه للتعدي فيه وانما يكون متعديا بمجموع العاملين والقصد على ما تقدم واعلم ان توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينهض على محمد رح اذا كان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لان حاصل هذا انه سبب فيشترط التعدي وهو لا يلتزم اشتراط التعدي فيه فانما ينهض الاستدلال على ان المسبب لا يلحق بالمباشر هذا واستشكل التغرم بقصد الفساد بما اذا قبل رجل زوجة آخر قبل الدخول فانه يقضي على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل والجواب ان قتله مستعقب لوجوب القصاص والدية فلا يجب شيء آخر بقتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه وبما اذا ارضعت اجنبيتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم تغرم ما شيا وان تغرما الفساد واجيب بالفرق بان فعل الكبيرة هنا مستقل بالافساد فيضاف الافساد اليها وفعل كل من الكبيرتين هناك غير مستقل به فلا يضاف الى واحدة منهما لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منهما خلاف الحرمة هنا لانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة وقد حرمت هذه المسئلة فوقع فيها الخطاء وذلك بان قيل فارضعها امرأتان لهما منه لبن بمكان قولنا لهما لبن من رجل لان في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من ناتين المرأتين لان كلا انفردت لصيرورة كل بنتا للزوج **قوله** وهذا منا اعتبار الجهل الخ جواب سؤال هو ان الجهل بالاحكام في دار الاسلام عندكم ليس عذرا فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذي هو المحظور الديني لا لدفع الحكم الذي هو وجوب الضمان غير انه اذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لانه لا يثبت الا بثبوت التعدي كما قلنا والتعدي به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة وبهذا يندفع قول من قال تضمن اذا علمت بالنكاح ولم تعلم ان الارضاع مفسد لانها لا تعذر بجهل الحكم ومن فروع هذه المسئلة لو كان تحته صغيرتان فارضعتهما اجنبية معا او على التعاقب حرمتا فلو كن ثلثا فارضعتهن بان القمت ثنتين ثديها واجرت الاخرى ما حلبته حرمن او على التعاقب بانت الاوليان والثالثة امراته لانهن حين ارتضعت حرمتا فحين ارتضعت الثالثة لم يكن في عصمته سواها ولو كن اربعا فارضعتهن معا او واحدة ثم الثلث معا حرمن وكذا لو ارضعتهن على التعاقب لانهما حين ارضعت الآخرتين لم يكن في نكاحه غيرهما ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فارضعتها الكبيرة على التعاقب بقي نكاح الثانية لانها حين ارضعتها ليس في نكاحه غيرها والسابق عقد محجور على الام فلا يوجب حرمة البنت ولو كن كبيرتين وصغيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للزوم الجمع بين الامين وبنتيهما ولو ارضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم ارضعتها الكبيرة الاخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فالكبرى الاولى مع الصغرى الاولى بانتا منه لما قلنا والصغرى الثانية لم تبن بارضاع الكبرى الاولى والكبيرة الثانية ان ابتدأت بارتضاع الصغرى الثانية بانتا منه او بالصغرى الاولى فالصغرى الثانية امرأته لانها حين ارضعت الاولى صارت اما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الاولى فيما تقدم والعقد على البنت تحرم الام ثم ارضعت الثانية ليس في نكاحه غيرها **قوله** ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رح يثبت بشهادة امرأة واحدة ان كانت موصوفة بالعدالة ونقل عن احمد واسحق والشافعي رح باربع نسوة والذي في كتبهم انما يثبت بشهادة امرأتين وكذا عند مالك رح بناء على انه حالا يطلع عليه الرجال لانه لا يحل النظر الى ثدي الاجنبية والوجه المذكور في الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو ان الحرمة من حقوق الشرع فهي مروية تثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسي فانه تثبت الحرمة عليه باخباره ثم يثبت زوال الملك في ضمنه وكم من شيء يثبت ضمنا ما لا يثبت بشهادة قصدا

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

والحديث عقبة بن الحارث في الصحيحين انه تزوج ام يحيى بنت ابى اهاب فجاءت امة سوداء فقالت قد ارضعتكما فقال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فاعرض عني فاتيت فذكرت ذلك قال وكيف وقد زعمت ان قد ارضعتكما وعقبة هذا يكنى ابا سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة وبهذا الحديث استدل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا لوجب جواز قبول الامة وروى مسلم والترمذي فجاءت امرأة سوداء وفيه قول عقبة فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت اني قد ارضعتكما وهي كاذبة فاعرض عني قال فاستقيت فقلت انها كاذبة قال كيف بها وقد زعمت انها قد ارضعتكما دعها عنك وظاهر ان ثبوت الحرمة لا يحتمل الفصل عن زوال النكاح لانها سويدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه والاصل ان لا تزال الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف حرمة اللعن حيث ينفك عن زوال الملك كالمزوج بمملوكة محرمة وبملك المتعة قبل الدخول بها يحرم الانتفاع به وهو مملوك واذا كانت الحرمة لا تستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد واما الحديث فانكار للتورع الا يرى انه اعرض عنه في المرة الاولى وقيل في الثانية ايضا وانما قال له ذلك في الثالثة ولو كان حكم ذلك الاخبار وجوب التفريق لاجابه من اول الامر واذا الاعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسألة بعد ذلك ففيه تقرير له على الحرم فعلم انه قال له ذلك لظهور اطمينان نفسه بخبره لا من باب الحكم وكونها كانت حقه على ما قبل لا ينفي الطمينان لنفس بخبرها بل قد يكون معه لان بعض البلاية قد يقارنها غالب عدم الحنث الذي عنه تعمد الكذب والكلام في هذا القدر لان الجون قد قلنا انه اذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح وكذا اذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه الرجال قلنا لا نسلم فان الجارية من الرجال يطلعون عليه ايضا الرضاعة لا تتوقف على القيام الذي لجواز حصولها بالوجور والسعوط وروي عن عمر رضه مثل قولنا وفي المحيط لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد قيل يعتبر في روايته ولا يعتبر في رواية فرع قال لامرأته هذه امي من الرضاعة او اختي او بنتي من الرضاع ثم رجع عن ذلك فان قال اخطأت ولست ان كان بعد ان ثبت على الاول ان قال بعده هو حق او كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك وان قال تعمدت ان يصدر منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعي رحمه الله والنكاح باق لان مثله انما يوجب الفرقة بشرط الثبات وتفسير الثبات ما ذكرنا ومثل هذا في الاقرار بالنسب وذلك لان ثبوت النسب والرضاع مما يخفى عن الانسان فالتناقض فيه مطلقا لا يمتنع بخلاف ما اذا ثبت بعد التروي فيعذر قبله ولا يعذر بعده وهذا في النسب فمن ليس له نسب معروف ولو اقرت المرأة بذلك وانكر هو ثم قالت اخطأت فالنكاح باق بالاجماع وعند الشافعي رحمه الله يحلف الزوج على العلم في قول وعلى البتات في قول ولو تزوجها قبل ان تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها بخلاف ما لو اقر الرجل قبل التزوج وثبت على ذلك لا يحل له تزوجها قال في الفتاوى الصغرى هذا دليل على ان المرأة اذا اقرت بالمطلقات الثلاث من رجل حل لها ان تزوج نفسها منه انتهى وكان وجهه ان الطلاق مما يستقل به الزوج في غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الاقرار به قبل التروي والله اعلم

كتاب الطلاق

لما فرغ من النكاح وبيان احكامه اللازمة عند وجوده والمتاخرة عنه وهي احكام الرضاع شرع بذكر ما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده واستعقاب احكامه وايضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة ان كلا منهما يوجب الحرمة الا ان ما بالرضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق مغياة لغاية معلومة فقدم بيان الحكم الاشد اهتماما بشانه ثم ثنى بالاخف وايضا الترتيب الوجودي يناسبه الترتيب الوضعي والنكاح سابق في الوجود باحكامه ويتلوه الطلاق فاوجده في التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه

قال الطلاق على ثلثة اوجه حسن وأحسن وبدعي فالأحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها وان الصحابة رضي عنهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة

قوله قال الطلاق مرتان اي التطليق او هو مصدر طلقت بضم اللام او فتحها طلاقا كالفساد وعن الاخفش نفي الضم وفي ديوان الادب انه لغة والوثاق لغة رفع الوثاق مطلقا واستعمل فعله بالنسبة الى غير النكاح المرأة من الافعال اطلقت بعيري مسيري وفيه من التفعيل طلقت امرأتي تطليقا لكن اخبار عن اصل طلقة او قصاراه تأكيد اذا قاله في الثالثة فللتكثير كغلقت الابواب وفي الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة طل ق سرحا كانت طلاق او كناية كمطلقة بالتخفيف وهجار طالق بلا تركيب كانت حلال ق علي ما سياتي وغيرها كقولك لقاضي فرقت بينها عند آبا الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضي في آبائها ردة احد الزوجين على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وتبائن الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا فقول بعضهم رفع قيد النكاح من اهله في محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ويشتمل على ما لا حاجة اليه فان كونه من الاهل في المحل من شرط وجوده لا وصل له في حقيقته والتعريف لجرد ادراكه نفس اللفظ وما سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله وشرعه رحمة منه سبحانه شرطه في الزوج ان يكون عاقلا بالغا مستيقظا وفي الزوجة ان تكون منكوحة او في عدة التي يصح معها ملك الطلاق فخرج بقيد المنكوحة المعتدة عن طلاق يلحقها الطلاق والمعتدة عن عدة الوطي لا يلحقها الطلاق وقد يقال انه غير حاصر اذ يتحقق العدة دونهما كما لو عرض فسخ بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم الا ان يلحق الخلوة بالوطي وكانها هو وفيه تساهل ثم يقتضي ان كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة او غير مؤبدة لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه في الحرمة المؤبدة كما اذا عرضت المرتة بتقبيل ابن الزوج لانه لا فائدة يرجع في اعتباره لانه لا يتوقف عليه ليفيد الطلاق فائدة واما في الفسخ لغير ما فالمصرح به في العدة من خيار العتق والبلوغ انه لا يلحقها طلاق لانه فسخ فيجعل كانه لم يكن وكذا لعدم الكفاءة ونقصان المهر وعلى هذا اذا سبى احد الزوجين فوقعت الفرقة لا يقع طلاق الزوج لعدم العدة لان المسبي ان كان الزوج فلا عدة على زوجة الحرية وان كانت امرأة كذلك لحقها السابي بالاستبراء ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة احدهما مسلما او ذميا لا يقع طلاق لانه ان كان الرجل فلا عدة على الحرية وان كانت المرأة كذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما وان كان عليها العدة فهي عدة لا توجب ملك يد اذ لا يد للحربي فاقل ما يقع فيه ملك الطلاق ملك اليمين فكانت كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد وكذا لو خرج الزوجان مستامنين فاسلم احدهما او صار ذميا في امرأته حتى تحيض ثلث حيض فاذا حاضتها فهي امرأته وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لانه المصر منها كانه بقي في دار الحرب لتمكنه من الرجوع الا انه منقوض بما اذا اسلم احد الذميين وفرق بينهما بإبائه الآخر فانه يقع عليها طلاق وان كانت هي الآبية مع ان الفرقة هناك فسخ وبه ينتقض ما قيل اذا اسلم احد الزوجين لم يقع عليها طلاقه وينتقض ايضا بالمرتد يقع طلاقه عليها مع ان الفرقة بردته فسخ خلافا لابي يوسف رح ولو كانت هي المرتدة فهي فسخ اتفاقا ويقع طلاقه عليها في العدة لا يقع واختلف في علتها الطلاق لما جرت فالفسخ الذي لحق فيها بعدها هي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه قال في المبسوط وقيل هذا قول ابي يوسف رح الاول وهو قول محمد رح فاما على قول ابي يوسف رح الاخير يقع طلاقه وهو قول زفر رح واشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول ابي يوسف رح الاول وهو قول محمد في قول ابي يوسف رح الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها فاعتقته ثم طلقها في العدة على عكس ما حكاه في المنظومة في المسألة الثانية على الخلاف والرواية عن ابي حنيفة رح انه لا يقع طلاقه اتفاقا فلو عاد وهي في العدة فطلقها هي على الخلاف وما ذكر من انه لا عدة على الحربية في دار الحرب عندهما بخلاف ذكر زفر ومحمد في السير فيما اذا سلمت امرأة الحربي وهما في دار الحرب حيضتا وقوع الفرقة بينهما الى مضي ثلث حيض او ثلثة اشهر فلو انقضت وقعت الفرقة قال محمد رح وعليها ثلث حيض اخرى هي فرقة بطلاق ولهذا يقع عليها طلاقه لان تلك الفرقة ليست للتباين بل للابا بالا ان المدة اقيمت

وان كان هذا افضل عندهم من ان يتلفظ الرجل بالثلاث عند كل طهر واحدة وكونه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة وكونه خلاف الاحد في الكراهة

مقام آبائه بعد العرض فانما يقع عليها طلاقه واما وصفه فهو البغض المباحات الى الله تعالى على ما رواه ابو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ابغض المباحات عند الله الطلاق فنص على اباحته وكونه مبغوضا لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي لا يلزم ذلك من وصفه بالبغض الا لو لم يصفه بالاباحة لكنه وصفه بها لان افعل التفضيل لبغض ما اضيف اليه وغايته ما فيه انه مبغوض اليه سبحانه ثم لم يترتب عليه ما رتب على المكروه ودليل بقي الكراهة قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم امره سبحانه ان يراجعها فانها صوامة قوامة وبه يبطل قول المقابلين لا يباح الا لكبر كطلاق سودة واريبة فان طلاقه حفصة لم يقترن بواحدة منهما واما ما روى عن احمد كل ذواق بطلاق فمجمل الطلاق لغير حاجة بدليل ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس اجمعين والخفي ان كلامهم فيما سياتي من التعاليل يصرح بانه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح ولكن بين المذكورين وغيرهما واتما يبيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا في بيان سببية فيمين الحكمين فتنبه فارغ فلا صح خطره الا لحاجة للادلة المذكورة ويحمل لفظ المباح على ابيح في بعض الاوقات اعني اوقات تحقق الحاجة المبيحة وهو ظاهر في رواية لابي داود الا ان الله شيئا ابغض اليه من الطلاق وان الفعل لا عموم له في الازمان غير ان الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة فمن الحاجة المبيحة ان يلقى اليه عدم اشتهائها بحيث يعجز او يتضرر بالكراهة نفسه على جماعها فعند اذ اوقع فانكان قادرا على طول غير تارك استيفائها او رضيت بذلك في عصمته بلا وطء او بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة وان لم يكن قادرا على طولها او لم ترض هي بتركه حقها فهو مباح لان مقلب القلوب رب العالمين واما ما روى عن الحسن وكان قيل له في كثرة تزوجه وطلاقه فقال رحب الفناء قال الله تعالى ان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فهو رأى منه بانكان على ظاهره وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رضي الله عنهم فطلاق عمر ابنه عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الاربع دفعة واحدة فقال لهن انتن حسنات الاخلاق ناعمات الاطواق طويلات الاعناق اذهبن فانتن طلاق فحملوه على وجود الحاجة مما ذكرنا واما اذا لم تكن حاجة بمحض كفران النعمة وسوء ادب فيكره والله سبحانه اعلم واما حكمه فوقوع الفرقة موجبا بانقضاء العدة في الرجعي مبدونه في البائن واما مجانسته فمنها ثبوت التخاصم بين المكلف الدنيوية والدينوية ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى وعن ذلك سماه اختيارا من شرع اعتبارا من نقصان الدين وعنه كان اكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكائد وافشاء سر الازواج وغير ذلك فمنها شرعه ثلثا لان النفس كذوبة بما تظهر عدم الحاجة اليها او الحاجة الى تركها وتسوله فاذا وقع حصل الندم وضاق لصدر به وبقل الصبر فشرعه سبحانه واحدة ليجرب بنفسه في المرة الاولى فانكان الواقع صدقها استمر حتى تنقضي العدة والا امكنه التدارك بالرجعة ثم اذا عاودت النفس مثل الاول بغلبته حتى عاد الى طلاقها نظر ايضا فيما يحدث له فلعله يوقع الثالثة والا فقد جرب وقفه في حال نفسه وبعد الثلاثة تبقى الاعتذار واما افساميه فما افاده المصنف بقوله الطلاق على ثلاثة اوجه حسن واحسن وبدعي علم ان الطلاق السني بدعي والبدعي من حيث العدد ومن حيث الوقت والبدعي كذلك فالسني حسن واحسن فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ولا في الحيض الذي قبله ثم يطلقها فيه وهذا على ظاهر المذهب على ما سياتي ويتركها حتى تنقضي عدتها لما استدل ابن ابي شيبة عن ابراهيم النخعي ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان يدعوا ان افضل عبد هم من ان يطلق امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه اقرب الى الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة للتدارك حيث يمكنه التزوج بها في العدة او بعدها دون تحلل زوج آخر واقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها بالنسبة الى فلان وستة جاء النعمة عليها فلا يكمل ضرر

والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها تطليقة رجعية في طهر لم يجامعها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وقال مالك هو واحدة بائنة بكل حال لان الامر في الطلاق هو الخطر لا بإباحة الحاجة فلا تتقدر بما تندفع به الحاجة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان السنة ان يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة

الانحياش خلافا لاحد في الكراهة انما وقعت الاشارة الى نقل الاجماع على انتفائها بخلاف الحسن فان فيه خلافا لمالك ولما ذكرنا من قاله فصار هذا واستحبابه عند الصحابة رضي الله عنهم احسن فاعلم ان السني المسنون هو بمعنى المندوب في استدعاء الثواب والمراد به هنا المباح لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت انه ثواب فمعنى المسنون منه اثبت على وجه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية ان يطلقها عقيب جماعها او حائضا او ثلاثا فمنع نفسه منه الى الطهر الآخر والواحدة تقول انه ثواب لكن لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك لايقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الايقاع وليس المسنون يلزم تلك الحالة لانه لو وقع واحدة في الطهر الخالي من غير ان يخطر له داعية ذلك الايقاع سنيا وطلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعد تهيئ اسبابها وقيام داعيتها وبهذا كمن استمر على عدم الزنا من غير ان يخطر له داعية وتهيؤ له مع الكف عنه لا يثاب عليه ولو وقعت له داعية وطلب النفس له وتهيؤ وكف تجافيا عن المعصية اثيب **قوله** والحسن طلاق السنة وانت حققت ان كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له والمناسب تمييزه بالمفصول من طلاق السنة قال وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة اطهار سواء كانت الزوجة مسلمة او غير مسلمة لانه المخاطب بايقاعه كذلك ويجب على الغائب اذا اراد ان يطلق ان يكتب اذا جاءك كتابي وانت طاهرة فانت طالق فان كنت حائضا فاذا طهرت فانت طالق فقال ما لك وما بدعة ولا سنة لانه واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى الدارقطني من حديث علي بن منصور ثنا شعيب بن زريق ان عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال ثنا عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهي حائض ثم اراد ان يتبعها بالطلقتين الباقيتين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا امرك الله قد اخطأت السنة السنة ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فامرني فراجعتها فقال اذا هي طهرت فطلق عند ذلك او امسك فقلت يا رسول الله ارايت لو طلقتها ثلاثا اكان يحل لي ان راجعها فقال لا كانت تبين منك وكانت معصية اخرجه البيهقي بالخراساني قال ابن عدي في جزء له لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به وروى بانه رواه الطبراني ثنا علي بن سعيد الرازي ثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي ثنا ابي ثنا شعيب بن زريق مسندا ومتنا وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر رضي الله عنه وكذلك قال ابو حاتم وقيل لابي زرعة الحسن لقي ابن عمر قال نعم وانما اعلال عبد الحق اياه علي بن منصور فليس بذلك ولم يعله البيهقي الا بالخراساني وقد ظهرت متابعته ولان الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لانها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة وقد تكون الحاجة ماسة الى تركها البتة لسوء الاخلاق المباينة وموجبات المفارقة فلا تقدر حتما فيحتاج الى فتام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلج بحسن الظاهر وطريق اعتبار هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور ان يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه فان لم يقدر تدارك بالرجعة وان قدر اوقع اخرى في الطهر الآخر كذلك فان قدر ابانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام ثم اذا وقع الثلاثة في ثلاثة اطهار فقد مضى من عدتها حيضتان فان كانت حرة فان حاضت حيضة انقضت وان كانت امة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع عليها اثنتان **قوله** ثم قيل الاولى ان يؤخر الطلاق الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة عليها وقال المصنف والاظهر اي الاظهر من قول محمد حيث قال اذا اراد ان يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت ورجعها ثم اذا طهرت من قبل ان يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيتبلى بالايقاع عقيب الوقاع ولا يخفى ان الاول اقل ضررا فكان اولى وهو رواية عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمه الله **قوله** وطلاق البدعة خلافه فسمي السنة وذلك بان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او مفرقة في طهر واحد او تنتين كذلك او واحدة في الحيض او في طهر قد جامعها فيه او جامعها في الحيض الذي يليه فهو فاعل ذلك ووقع الطلاق وكان عاصيا وفي كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف فعن الامامية لا يقع

ومن طلق بدارعلى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان يجد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتلوة نظرا الدليلها
قال الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر لعتراز اعن تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما عاجله او من قصده لا تخلو
فيبتلى بالايقاع عقيب الوقوع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا فى طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا

بلفظ الثلث والى فى حالة الحيض لانه بدعة محرمة قال صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد وفى امره صلى الله عليه وسلم ابن عمر ان يراجعها
بين طلقتها وهى حائض دليل على بطلان قولهم فى الحيض واما بطلانه فى الثلث فسيتظمه سياتى من وقع كلام الامامية قال القوم يقع به واحدة وهو مروى عن ابن
عباس رضه وبه قال ابن اسحق وبه نقل قال ابن اسحق ونقل عن طاوس وعكرمة يقولون خالف السنة فيرد الى السنة وفى الصحيحين ان ابا الصهباء قال لابن عباس رض
الم تعلم ان الثلث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وصدرا من امارة عمر قال نعم وفى رواية لمسلم ان ابن عباس رض قال كان
الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلث واحدة فقال عمر رض ان الناس قد استعجلوا فى امر كان لهم فيه اناة فلو
امضيناه عليهم فامضاه عليهم رواه ابو داود وعن ابن عباس رض قال اذا قال انت طالق ثلثا بفم واحد فهى واحدة وروى ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس رض
قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله صلى الله عليه وسلم كيف طلقها قال طلقتها ثلثا فى مجلس واحد قال
انما تلك طلقة واحدة فارتجعها ومنهم من قال فى المدخول بها يقع ثلثة وفى غيرها واحدة لما فى مسلم وابى داود والنسائى ان ابا الصهباء كان كثير السؤال
لابن عباس رض قال اما علمت ان الرجل اذا طلق امرأته ثلثا قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة الحديث قال ابن عباس رض بلى كان الرجل اذا طلق امرأته
ثلثا قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وصدرا من خلافة عمر رض فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال اجيزوهن
عليهم هذا لفظ ابى داود وذهب جمهور الصحابة رضوا والتابعين ومن بعدهم من ائمة المسلمين الى انه يقع ثلث ومن الادلة فى ذلك فى مصنف ابن ابى شيبة
والدارقطنى فى حديث ابن عمر المتقدم قلت يا رسول الله ارأيت لو طلقتها ثلثا قال اذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك وهى سنن ابى داود وعن
مجاهد قال كنت عند ابن عباس رض فجاء رجل فقال انه طلق امرأته ثلثا قال فسكت حتى ظننت انه رادها اليه ثم قال ينطلق احدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن
عباس رض فان الله عز وجل قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفى الموطا لمالك بلغه ان رجلا قال لعبد الله بن عباس رض انى طلقت
امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى فقال ابن عباس رض طلقت منك ثلثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفى الموطا ايضا بلغه ان رجلا جاء الى
ابن مسعود رض فقال انى طلقت امرأتى ثمانى تطليقات فقال ماقيل لك فقال قيل لى بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون وظاهره الاجماع على
هذا الجواب وفى سنن ابى داود وموطا مالك عن محمد بن اياس بن البكير قال طلق رجل امرأته ثلثا قبل ان يدخل بها ثم بدا له ان ينكحها فجاء يستفتى فذهبت
معه فسئل عبد الله بن عباس رض وابا هريرة رض عن ذلك فقالا لا نرى ان تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فانما طلاقى اياها واحدة فقال ابن عباس رض املك ارسلت
بين يديك ما كان لك من فضل وهذا يعارض ما تقدم من ان غير المدخول بها انما تطلق بالثلث واحدة وجميعها يعارض ما عن ابن عباس رض وفى الموطا
مالك مثله عن ابن عمر رض وانما مضاء عمر الثلث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة رض له مع علمه بانها كانت واحدة الا وقد اطلعوا فى الزمان المتاخر على وجه
تاسخ هذا الحكم على ظاهره او لعلمهم بانتهاء الحكم لذلك لعلمهم بانه باطنه بمعان علموا انتفاءها فى الزمن المتاخر فانا نرى الصحابة متابعوا على هذا ولا يمكن وجود
ذلك منهم مع استمرار كون حكم المشرع المقرر كذلك ابدا فمن ذلك ما اوجد نا عن عمر رض وابن مسعود وابن عباس رض وابى هريرة ويروى ايضا عن عبد الله
بن عمر رض العاص وسند عبد الرزاق عن علقمة قال جاء رجل الى ابن مسعود فقال انى طلقت امرأتى تسعا وتسعين فقال له ابن مسعود رض ثلث تبينها وسائرهن
عدوان ويروى وكيع عن الاعمش عن حبيب عن ابى ثابت قال جاء رجل الى على بن ابى طالب فقال انى طلقت امرأتى الفا فقال له على بانت منك بثلاث والقسم
سائرهن على الناك ويروى وكيع ايضا عن معاوية بن ابى يحيى قال جاء رجل الى عثمان بن عفان رض فقال طلقت امرأتى الفا فقال بانت منك بثلث واسند عبد الرزاق عن

وقال الشافعي رح كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية تنجامع الحظر كخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها والطلاق وان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولحاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاخطار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فأملن تصوير الدليل عليها

عبادة بن الصامت ان اباه طلق امراته الف تطليقة فانطلق عبادة فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بانت منه ثلاث في معصية الله تعالى وبقي تسعمائة وسبعة وتسعون عدوان لظلم النساء عذبه وان شفعه رد قول بعض الظاهرية القائلين بهذا المذهب توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة الف عين رآته فهل صح لكم عن هؤلاء او عن عشر عشر هم القول بلزوم الثلث بفم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل اما اولا فاجماعهم ظاهر فانه لم ينقل عن احد منهم انه خالف عمر حين امضى الثلث وليس يلزم في نقل الحكم الاجماعي عن مائة الف ان يسمى كل ليلزم في مجلد كبير حكم واحد على انه اجماع سكوتي واما ثانيا فان العبرة في نقل الاجماع نقل ما عن المجتهدين لا العوام والمائة الالف الذي توفي عنهم صلى الله عليه وسلم لا يبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم اكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وانس وابي هريرة رض وقليل والباقون يرجعون اليهم ويستفتون منهم وقد اثبتنا النقل عن اكثرهم صريحا بانعقاد الثلث ولم يظهر لهم مخالف فاذا بعد الحق الا الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بان الثلث بفم واحد لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف والرواية عن ابن عباس ثلث اسندها الطحاوي وغيره وغاية الامر فيه ان يصير كبقية امهات الاولاد اجمع على نفيه وكن في الزمن الاول بين وبعد ثبوت اجماع الصحابة رض لا حاجة الى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة اذا طلق ثلثا مع ظهور الفرق بان مخالفته لا تحتمل محرما عن الابطال لمخالفته الاذن والمكلفون وان كانوا ايضا انما يتصرفون باذن الشرع لكن اذا اجمعوا على خلاف بعض الظواهر والاجماع حجة قطعية كان مقدما بامر الشرع على ذلك الظاهر قلنا ان لا نشتغل معه بتاويل وقد يجمع باذكرنا من الاطلاع على الناسخ او العلم بانتهاء الحكم لانتهاء علته هذا وان حمل الحديث على خلاف ظاهره دفعا لمعارضة اجماع الصحابة رض على ما وجدناكل من النقل عنهم واحدا واحدا وعدم المخالف لعمر في امضائه ظاهر حديث ابن مسعود رض فتاويله ان قول الرجل انت طالق انت طالق انت طالق كان واحدة في الزمن الاول لقصدهم التاكيد في ذلك الزمان فلما صاروا يقصدون التجديد فالزمهم عمر رض ذلك لعلمه بقصدهم وما قيل في تاويله ان الثلث التي يوقعونها الان انما كانت في الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفته السنة فيشكل اذ لا يتجه حينئذ امضاء عمر واما حديث ركانة فمنكر والاصح ما رواه ابو داود والترمذي وابن ماجة ان ركانة طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما اراد الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر رض والثالثة في زمن عثمان رض قال ابو داود وهذا اصح واما المقام الثالث وهو كون الثلثة بكلمة واحدة معصية او لا تحلي فيه خلاف الشافعي رح استدل بالاطلاقات من نحو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وما روى ان عويمر العجلاني لما لاعن امراته قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلثا ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلثا فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر ثلثا في مرضه وطلق الحسن بن علي رض امراته شهباء ثلثا لما بلغته بيعة معاوية رض ولان الطلاق مشروع والمشروعية لا تجامع الحظر الا ترى انه لو طلق نساء الاربع دفعة جاز فكذا الواحدة ثلثا بطريق الاولى بخلاف الطلاق في حالة الحيض لانه يحرم المضارة بتطويل العدة عليها لا الطلاق وبخلافه في الطهر الذي جامعها فيه بحرم لتلبيس وجه العدة اذ هو لا قراء او الوضع لاحتمال الحبل ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلزم ان الطلاق شرعا الا كذلك لانه ليس وراء الجنس شيء وهذا من طرق الحصر فالطلاق مشروع ثلثا بمرة واحدة وكان ينبغي ان لا يقع شيء كما قالت الامامية لكن لما علمنا ان عدم مشروعيته كذلك لمعنى في غيره وهو تفويت معنى مشروعيته سماه كذلك وانكان المدرك عند الندم وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا وهذا معنى قوله والمشروعية في ذاته لانا في الحظر الى آخره على ما بينا ولنا ايضا ما قدمناه

والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لانتفاء الحظر لعدم في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي رواية الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد ان يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان الداعي دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق وفي زمان تجد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تقل الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر وهو يقيس على المدخول بها

من قول ابن عباس رضه للذي طلق ثلثا وجاء يسأل عصيت ربك وما قدمناه من مسند عبد الرزاق في حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم بانت بثلث في معصية الله وكذا ما حدث الطحاوي عن ابن مرزوق عن ابي حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس رضه فقال ان عمي طلق امرأته ثلثا فقال ان عمك عصى الله فاثم واطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا وما روى النسائي عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلثا جميعا فقام غضبان فقال ايلعب بكتاب الله عز وجل وانا بين اظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله الا اقتله والاما في بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور الى محمود بن لبيد فغير معروف صح فيجب حمل ما روى عن بعض الصحابة من الطلاق المحرم قولا واثما للسنة والضابط ما ذكرنا من الاصل في الطلاق وهو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنيوية والادلة السمعية التي ذكرناها وانما يباح للحاجة الى الخلاص من المفاسد الذي قد تعرض في الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض والحاجة الى الجمع بين الثلث بخلاف تفريقها على الاطهار فانها نابتة نظرا الى دليلها وقد بينا ان الحاجة باطن فانيط الحكم بالحاجة الى دليلها وهو الاقدام عليه في زمن الرغبة فاذا طلقها في كل طهر طلقة تحكم بالحاجة الى الثلث كذلك فور وعليه ان دليل الحاجة انما يعتبر عند تصور الحاجة وهي ههنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة فاجاب بمنع انتفائها بالكلية لما قررناه في جواب مالك من ان الحاجة تتحقق الى فطام النفس على وجه يأمن ظاهر اعراض الندم وطريق دفعها الثلث مفرقة على الاطهار لا مجموعة لما وجبناه **قوله** والمشروعية في ذاته جواب عن قوله مشروع فلا يجامع الحظر يعني ان مشروعيته باعتبار ذاته فانه في ذاته ازالة الرق لما قدمنا من ان النكاح نوع رق فلا ينافي الحظر لغيره وهو ما ذكرنا من ان فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنيوية فجاز اثبات مشروعيته في ذاته مع حظره لذلك فيصح اذا وقع ويستعقب الكراهة استحقاق العقاب اذا لم يكن مسوغ للحظر الحالي كالصلوة في الارض المغصوبة والوجه في تقريره انه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث انه اضرار وكفران بلا حاجة وهذا احسن من قوله مشروع في ذاته الا اذا ملت لان هذا التفصيل هو الواقع في نفس الامر ويصرح به في وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف في طلاق الحامل حيث قال وقعا للحاجة لبلغة الحاجة **قوله** وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا من انه لا حاجة الى الزيادة على الواحدة **قوله** واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل يعني اصل المبسوط وهو الكافي للحاكم ابي الفضل اخطأ السنة وهو ظاهر الرواية لانه لا حاجة في الخلاص الى اثبات صفة البينونة ولانه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة وفي الزيادات لا يكره للحاجة الى الخلاص تأخرا والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة اطلاق الزيادات عليها ومما يدل على صحة هذا ان ابا حنيفة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه والقياس على الخلع والجواب بتجويز ان يكون ابو حنيفة طلق قبل الدخول او انه اخر الانكار عليه لحال اقتضت تأخيره او ذاك والخلع لا يكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روي عن ابي حنيفة وان الخلع لا يكره حالة الحيض **قوله** والسنة في الطلاق من وجهين في الوقت والعدد فالسنة في العدد ان يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها وهي ان يطلق واحدة فاذا طلق غير المدخول بها ثلثا كان عاصيا فقي التي ظلمها اولى ان تكون معصية ولا يخفى ان الاستواء بينهما مطلقا ممتنع فان السنة من حيث العدد في المدخول بها بتفصيلها ان يطلقها واحدة وليس غير وان يطلقها بائنين عند الطهرين ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها اذ لا عدة لها وهذا ظاهر والسنة في الوقت ثبتت في المدخول بها خاصة وكانه عم المدخول بها في التي ظلمها فانها ايضا تجب مراعات السنة في طلاقها وذلك الوقت هو الطهر الذي لا جماع فيه ولا

ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لانقاء الحيض مما يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر قال واذا كانت المرأة ممن تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم اذا كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة واذا كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسط بالاهلة وهي مسئلة الاجارات

والاني الحيض التي قبله فلزم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين فلو اخل باحدهما لزمت المعصية وانما لزمتا لان المراعاة في تحقق اباحة الطلاق دليل الحاجة اليه وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وزمان تجدد ما هو الطهر الخالي عن الجماع لا زمان الحيض ولا الطهر الذي جومعت فيه اما زمان الحيض فلانه زمان النفرة الطبيعية والغريزية واما الطهر الذي جومعت فيه فلان بالجماع مرة تفتر الرغبة واما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة ما لم يذقها فعلا فتها في حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز ان يطلقها في حال الطهر والحيض جميعا خلافا لزفر وهو القياس على المدخول بها بجامع انه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح وفيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة في غير المدخول بها صادقة لانقاء الحيض فان قلت بهذا التعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر مالك هذا امرك الله فالجواب ان الاشارة من قوله كهذا الى طلاقه الحاصل الذي مر قبله منه فجاز كون تلك كانت مدخولا بها ولانه قال في رواية في هذا الحديث فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النساء والعدة ليست الا للمدخول بها قوله واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر اي بان لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار وقيل ثمان وسبع او كبر بان كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر او لا لها بان بلغت بالسن ولم ترد بالاصالة فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن اي لم يحضن بعد فيما مضى لان تقلب معنى المضارع الى المضي فاقام الاشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض اليها وايضا نص على ان الاشهر عدة بقوله فعدتهن ثلاثة اشهر والعدة في ذوات الحيض ليس الا الحيض لا الجمع فلزم بالضرورة كون الاشهر بدل الحيض ورجح بالاستبراء فانه في ذوات الحيض بحيضة وجعل فيمن لا تحيض بشهر ويكون الاقامة باعتباره مع لازمه من الطهر المضاف الى كل حيضة ورجح بانه لو لم يكن كذلك اكتفى بعشرة ايام لانها اكثر الحيض المجعول عدة والحيض المجعول عدة هو الذي يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح. بحيث تكون مدتها غالبا شهرا وفرق بين قولنا هو بدل عن حيض تخللها اطهار وقولنا بدل عن الحيض والاطهار المتخللة فالطهر ضرورة تحقيقها لامن مسماه وانما الزم به من انه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا الزم منع الطلاق في الشهر الثاني لانه في الحيض كما مر فوجب بانه مقامه في انه عدة فقط لا في ذاته وذات الشهر طهر ولا في حكم اخر الا يرى ان الطلاق عقيب الجماع في طهر ذوات الاقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة لا يحرم فكذا الطلاق في الشهر الثاني وبهذا الخلاف قليل الجدوى لاثمرة له في الفروع قوله ثم ان كان الطلاق وقع في اول الشهر وهو ان يقع في اول ليلة رؤي فيها الهلال تعتبر الشهور بالاهلة اتفاقا في التفريق والعدة وان كان وقع في وسطه فبالايام في التفريق اي في تفريق الطلقات بالاتفاق فلا تطلق الثانية في اليوم الموفي ثلاثين من الطلاق الاول بل في التاسع والعشرين فما بعده لان كل شهر معتبر ثلاثين فلو طلقها في اليوم الموفي ثلاثين كان جامعا بين طلاقين في شهر واحد وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تعتبر بالايام وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله فلا تنقضي عدتها الا بتسعين يوما وعندهما يكمل الاول بالاخير والشهران المتوسطان بالاهلة وقوله في الفتاوى الصغرى تعتبر في التفريق بالاهلة بالاجماع يخالف نقل الخلاف قوله وهي مسئلة الاجارات يعني اذا استاجر ثلاثة اشهر في راس الشهر اعتبرت بالاهلة اتفاقا فان قضى كانت كاملة وان استاجر يوما في اثناء شهر تعتبر الاشهر الثلاثة بالايام عنده وعندهما يكمل الشهر الاول بالاخير وفيما بين ذلك بالاهلة وقيل الفتوى على قولهما لانه اسهل وليس بشيء ووجه بان الاصل في الاشهر الاهلة فلا يعدل عنه الا لضرورة وهي مندفعة بتكميل الاول بالاخير ويمكن ان يقول ذلك في الاشهر العربية وهي المسماة بالاسماء وهو لم يستاجر يدة جمادى ورجب ثلاثة اشهر مثلا وليس يلزم من ذلك الاهلة مرح فلا بد من تعيين لانه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الاهلة صار معناه ثلاثة اشهر من هذا اليوم

قال ويجوز ان يطلقها اذا طهرت من حيضها وطلاق في اثر حيض يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بمرور زمان وهو الشهر وان لم يتوهم الحبل فيهما والكراهية في ذوات الحيض باعتبار الاولى عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر بما يصيبها اذ ربما تكون تلك من عجلة في وطئ غير معلق فراها من شؤن الولد فكان الزمان زمان الرغبة فصار كزمان الحبل وطلاق الحامل حين تضع جائز لانه مؤدى السنة ويستدعيه زمان الحبل لان زمان الرغبة في الوطئ لكونه غير معلق أو في المكان ولا يسعها فلا يقل الرغبة بالجماع ويطلقها السنة ثانيا فيفصل بين كل تطليقتين بشهر وعند زفر وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يطلقها الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتدة طهرها وطهرها ان الاباحة لعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآئسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتدة طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل

فلا يتقضى هذا الشهر حتى يدخل في الآخر تمام ثم يبتدأ الآخر من حين انتهى الاول فيلزم كذلك في الثلاثة **قوله** ويجوز ان يطلقها اي يطلق التي لا تحيض من صغر او كبر ولا يفصل بين طهرها وطلاقها بزمان وبه قالت الائمة الثلاثة وقال زفر يفصل بين طهرها وطلاقها بشهر وفي المحيط قال الحلواني في هذا في صغيرة لا يرجى حبلها اما فيمن يرجى قالا فضل له ان يفصل بين طهرها وطلاقها بشهر كما قال زفر رح ولا يخفى ان قول زفر رح ليس هو فضيلة الفصل بل لزوم الفصل لان الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض وفيما يجب الفصل بحيضة ففي من لا تحيض يجب الفصل بما اقيم مقامه وهو الشهر ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان **قوله** ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اي في التي لا تحيض من صغر او كبر والكراهية انما تكره الطلاق الطهر الذي جامع فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض او بالوضع وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا لصغر ولا لكبر بل باتفاق استدار طهرها متصلا بالصغر وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ ان لا يجوز تعقيب طهرها طلاقها لتوهم الحبل في كل منهما ولما كان ظاهرا ان يقال قد عللتم منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه انفا بفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الامر ان الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع دليل الرغبة وفي الصغيرة والآيسة ان فقد الاول فقد وجد الثاني فيمتنع اجاب بقوله والرغبة انما وجد اصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هذه بل لانتفاع سبب من اسبابها وهو لا يستلزم عدمه مطلقا الا لو لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطأ غير معلق فراها من شؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطئ فصار كزمان الحبل وعلى هذا التقرير لا معنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطتا يبقى الاصل وهو حظر الطلاق وتكلف جوابه لان حاصل الوجه ان للرغبة سببين عدم الوطئ مدة تجدد الرغبة عند آخرها عادة وكون الوطئ غير معلق فعدم المدة فقط بالوطئ القريب عدم احد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة هذا ثم يمكن ان يقال ينبغي ان يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ما قبله من التعليل لبعد توهم الحبل وادعاء ان الكراهة في ذوات الحيض باعتباره فانه تعليل بما لا اثر له لانها عقيب الطلاق مترصبة على كل حال الى ان ترى الدم ثلث مرات ولا تراه فتستمر في العدة الى ان يظهر حالها او يظهر انها استدار طهرا بان لم يظهر حلها فتصير لا مراسد فهذا الحال لا يختلف بوطيها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطيها فيه فظهر ان التعليل باشتباه وجه العدة لا اثر له اذ لم يبق فرق بين اعتدادها اذا اجومعت في الطهر عدمه الا تجويز انها حملت اولا وهذا لا يختلف معه الحال التي ذكرنا من اعتدادها لا يقال انه على اصل الشافعي من ان الحامل تحيض يصح التعليل به لانها بعد الانفصال من الوطئ يجوز الحبل وان رات الدم فلا يجزم بعدم رؤية ثلثا الا اذا مضت مدة يظهر في مثلها الحبل فلم يظهر بل وعلى اصلنا لا تمتنع من رؤية الحامل الدم بل نقول ان ما تراه استحاضة فمع تجويزنا الحبل لا يتيقن بان ما رأته حيض او استحاضة وهي حامل الى ان تذهب مدة لو كانت حاملا فيها لظهر الحبل لانا نقول هذه البغية جارفيها لو وطيت في الطهر الذي يليه طهر الطلاق فلو اعتبر مانعا منع الوطئ فيه ايضا خصوصا في آخره والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذوات الحيض لعروض التهم بظهور الحبل لكان الولد وثبتت حالة دخال امة **قوله** وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يودي الى اشتباه وجه العدة ان اعتبر حاضرا ولانه زمان الرغبة في الوطئ لكونه غير معلق لانه التقى انها قد احبلها او غلطة فبقي انما من غيره فرغب فيه لذلك ولكان ولده منها لانه يتقوى به الولد فيقصد نفعه فظهر انه لا حاجة الى قوله فيها بل الرغبة في الوطئ لكل من الامرين **قوله** ويطلقها ثانيا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح لا يطلقها للسنة الا واحدة وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رض لان الاصل في الطلاق

شهر

انه جلت

واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله عليه السلام لعمر مُرْ ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة تقرأ مستحبا وقول بعض المشايخ رحمهم الله واجب محمول على حقيقة الامر دفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثرها وهي العدة ودفعا لضرر تطويل العدة

اخبر وقد ورد الشرع باجلال الثلاث مفرقا على فصول العدة في ذوات الحيض وورد باقامة الاشهر مقام الحيض في الصغيرة والآيسة فصح الالحاق في تفريقها على الاشهر والشهر في حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتدة طهرا وفيها لا يفرق الطلاق على الاشهر فكذا الحامل ومقول محمد رحمه قول الائمة الثلاثة ولهما ان الاباحة لبقاء الحاجة وقد منا انها لا تنتفي مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لها فصلا على وجه لا يعقب الندم التفريق على اوقات الرغبة وهي الاطهار التي تلي الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس الا الحيض لانها العدة لا الاطهار عندنا فكيف تكون فصلا من فصول العدة وليس جزء الشيء دليل الحاجة وشرط دلالة كونه في زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد النفور لا يكون عادة الا بعد زمان معين رأينا الشرع قدرها على الاطهار وجعل الايقاع اول كل طهر جائزا علمنا انه حكم بتجدد الرغبة عند تحقق قدرها قبله من الزمان الى مثله من اول طهر يليه وذلك في الغالب شهر فاورثنا الاباحة على الشهر وعلى هذا التفريق على الاشهر في الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولا لاقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فلا اثبات فيها ايضا بالقياس لا بالنص ولا لانه بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لانها محل النص على تعلق جواز الايقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجو في حقها كل لحظة فلا يرجى في الحامل ذلك وعلى هذا الاثر يشترط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله تعالى وجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه فطلقوهن لعدتهن لما بينا من انها كونه فصلا من فصول العدة وبالنسبة الى الحكم على انها نمنع دلالة الآية على التفريق اصلا بل على استقبال العدة بالطلاق والعدة مجموع الاقراء وانما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر المتقدم ان من السنة ان تستقبل الطهر فيطلقها لكل قرء والمراد بالقرء الطهر وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم في تفسير الآية ان يطلقها طاهرة من غير جماع وهذا لان لزوم التفريق طريقه ان مفهوم طلقوهن ايجدوا طلاقهن لعدتهن فيستلزم عمومين عموم طلاقهن لانه جنس مضاف فكل واحدة من فعل جميع طلاقهن وهو ثلث لجميع عدتهن وجميعه بفم واحد حرام فكان المراد تفريقه على الاطهار وما يقوم مقام ما يستلزمها وهذا غير لازم لان الفعل انما يدل على المصدر النكرة فالمعنى اوجدوا طلاقا عليهن لعدتهن اي لاستقبال والايقاع لفظة فصول العدة غير مذكورة في النصوص انما سماها بذلك الفقهاء ولا يعقل من معناه سوى انه جزء من اجزائها بالنسبة خاصة اليها اتفق انه ثلثها اتفاقا وكل شهر من شهور الحامل جزء من اجزاء عدتها كذلك ان لم تتفق ان بالنسبة بالثلث وعلى هذا القوي بحث شمس الائمة ان الشهر من فصول العدة الحامل غير انا لا نعلق به اباحة الايقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان تجدد فيه الرغبة عند مضي ذلك القدر من الزمان فلهذا اذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض فرق الطلاق خلافا لمن قدمنا النقل عنهم من الامامية ونقل الصنعاني عن علية عن اسمعيل بن علية عن الحجاج بن ارطاة ان النهي عنه لمعنى في غيره ليقع النهي لقائم بعين الامر اي قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهو الايجاد بالامر في قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر مُرْه فليراجعها بامر الله وقوله وهو ما ذكرنا اي من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الايقاع عاص باجماع الفقهاء ويستحب له ان يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر في حديث ابن عمر في الصحيحين مُرْ ابنك فليراجعها حين طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع فيندفع به قول نافي الوقوع والحث على الرجعة والاستحباب المذكور انما هو قول بعض المشايخ وكأنه عن قول محمد في الاصل وينبغي ان يراجعها فانه لا يستعمل في الوجوب والاصح انه واجب كما ذكر المصنف حملا بحقيقة الامر ان حقيقة اوجد الصيغة المطالبة على وجه الحتم واعلم ان على قول الشافعية رحمهم ان لفظ الامر الذي مادته أ م ر مشترك بين الصيغة الناطقة والموجبة حتى يصدق الندب مامور به حقيقة فعلى هذا لا يلزم الوجوب اذ لا يلزم من قوله مر اوجد الصيغة المطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك وغيره فالم تتعين ثبت كونه مطلقا في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ولذا قال الشافعي رحمه الله وكذا احمد رحمه الله بالاستحباب واما عندنا فتسمى الامر الصيغة الموجبة كما ان اسم

الطلاق

قال واذا طهرت من حيضتها ثم طهرت فان شاء طلقها واحدة واستشاء امسكها وان شاء طلقها ثنتين وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الثانية وعلى قول ابي الحسن الكرخي ما ذكر الطحاوي قول ابي حنيفة فقط وما ذكر في الاصل قولهما وجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين حيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا يتكامل واذا تكمل الحيضة الثانية فالطهر الذي يليه ان السنة فما امكن تطليقها على وجه السنة وجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالرجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيكون تطليقها في الطهر الذي يليه

حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها واذا كانت مأمورة من جهته عليه السلام كانت نائبة عنه فيها فتكون كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مرانك على ما هو بين صريح هو الوجوب على سبيل الامر وضمني وهو ما يتعلق بانابته عند توجيه الصيغة اليه الا انه لا يكون بالاستحباب هنا انما نبهنا على ان المعصية وقعت تقديرا لبقائها فيتحقق بحرد التشبيه بعدم مباشرتها وانما الجواب ان ذلك لا يصلح مسارعا للصيغة عن الوجوب بجواز ان يجاب رفع اثرها وهو العدة وتطويلها ان بقاء الامر لبقائها هو اثره من وجه فلا تترك الحقيقة قيل عليه ما حاصله ان هذا لا يصلح بحثا يوجب الوجوب لكن لا يفيد ان ما ذكر القدوري من الاستحباب قول بعض المشايخ مع ان محمدا في الاصل انما قال فقط ما يدل على الاستحباب ومرجع هذا الكلام الى انكار نقل الوجوب عن المشايخ صريحا الى قول بعض المشايخ بل ذلك بحث فاذا تحقق النقل اندفع وقوله والاصح كذا في عادة المصنفين لنقل المرجح في المذهب لا لترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب وتذكير ضمير اثره مع انه للمعصية اما لتأويلها بالعصيان او هو للطلاق في الحيض **قوله** واذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها هذا لفظ القدوري وهكذا ذكر في الاصل ولفظ محمد فيه فاذا طهرت في حيضة اخرى راجعها وذكر الطحاوي ان له ان يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها قال الشيخ ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الاصل قولهما وان ما في الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب ابي حنيفة رحمه الله الا ان يحكي الخلاف ولم يحك خلافا فيه فلذا قال في الكافي انه ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وبه قال الشافعي وفي المشهور عن مالك واحمد وما ذكر الطحاوي رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو وجه للشافعية وجه المذكور في الاصل وهو ظاهر المذهب لابي حنيفة رحمه الله من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فان بدا له ان يطلقها فليطلقها قبل ان يمسها فتلك العدة كما امر الله عز وجل وفي لفظ حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ووجه ما ذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر رضي الله عنه مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا او حاملا رواه مسلم واصحاب السنن والاولى اولى لانها اكثر تفسيرا بالنسبة الى هذه الرواية واقوى صحة وظهر من لفظ الحديث حيث قال يمسكها حتى تطهر ان استحباب الرجعة او ايجابها مقيد بذلك الحيض الذي وقع فيه وهو المفهوم من كلام الاصحاب اذا تؤول فعلى هذا اذا لم يفعل حتى تطهر تقررت المعصية واما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية والتجزي اي ليس بحجر تها على حدة حكم في الشرع والاولى ان يقول ولا يمكن ان يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها اذ لا يتصور حيضة الا الثانية فلغى بعض الاولى ووجه ما ذكره الطحاوي ان اثر الطلاق انعدم بالرجعة فصار كانه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها وعلى هذه الرواية يتفرع ما عن ابي حنيفة رحمه الله اذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره ان يطلقها الثانية في ذلك الطهر راجعها بعد الثانية لا يكره ايقاع الثالثة وعلى هذا فرع ما لو اخذ يقبلها بشهوة ثم قال لها انت طالق ثلثا للسنة تقع الثلث للسنة في الحال مقارنة لانه يصير مراجعا بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني وكذا الثالث وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا تقع الا الاولى ثم في كل طهر بعد حيضة تقع اخرى فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك الى ابي حنيفة رحمه الله انما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه هذا اذا وقعت الرجعة بالقول او بالمس اما اذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له ان يطلقها اخرى في هذا الطهر بالاجماع لانه طهر جامعها فيه وان حبلت فعند ابي يوسف وليس ان يطلقها اخرى حتى يمضي وقت الطلاق شهر وعند ابي حنيفة ومحمد وزفر له ان يطلقها الان العدة الاولى سقطت بالطلاق وغيبوبة الجماع في الطهر انما يحل لاشتباه امر العدة عليها وذلك لا يوجد اذا حبلت وظهر الحبل فاني تحلل الرجعة فاما لو تحلل النكاح بان كان الاولى الثالثة لم يكره الطلاق اتفاقا وقيل في تحلل الرجعة ليس له ان يطلقها اتفاقا والاوجه انه على اختلاف الرواية عنه

ومن قال لمراته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة او للبدعة او لا سنة له ولا بدعة طلقت عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان نوى ان يقع الثلث مساعة اوعند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر رحمه الله لا يصح نيته لانه لا يحتمل كلامه ما نوى لان قوله انت طالق لا يحتمل الا ايقاع واحدة في الحال وقوله للسنة لا يحتمل الا ايقاع واحدة عند السنة وهو عند السنة وقوله ثلثا لا يحتمل الا ايقاع ثلث متتابعة فلم يكن قوله للسنة مطابقا لكلامه حتى لا يصح نيته ولنا انه محل لقوله ثلثا في السنة لانه يقع في كل طهر واحدة وقوله للسنة لا ينافيه بل يطابقه لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر وان كانت اشهرا ومن ذوات الاشهر وقت الساعة واحدة وعند تمام اخرى عند تمام اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما علمنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينو على الثلث حيث لا تصح نيته الجمع فيه لان نية الثلث لما صحت فيه وجب ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت من ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل التعميم الوقت فلا تصح نية الثلث

قوله ومن قال لامراته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة او لا سنة له ولا بدعة لانه لما طلق عند كل طهر تطليقة فان نوى ذلك فظاهر ثم ان لم يكن جامعها في هذا الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر اخرى وان كان جامعها لم يقع شئ حتى تحيض وتطهر وعند الشافعي يقع الثالث للحال لانه لا بدعة عنده ولا سنة في العدد ولو كانت من ذوات الاشهر باقي ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال وان كانت حائضا ثم لا يقع شئ الا ان يتزوجها مرة اخرى فتقع الثانية فان تزوجها ايضا وقعت الثالثة وجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلث مفرقا على الاطهار ليقع واحدة في كل طهر وانما تعليل الا انه يكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ في وقت السنة وهذا الوجب تقييد الطلاق بامر هي حقيقة الطلاق وهو السني وقتا وحينئذ فوجوده في ثلثاني وقت السنة ويصدق بوقوعها جملة في طهر بالاجماع فانه بهذا التقرير استوى فهم السنة في جهتيها بخلاف ما قررناه والوصرفه عن هذا بنيته قالوا الثلث حيث يصح خلافا لزفر قال فانه بدعة ضد السنة ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته فيه قلنا بل يحتمله لانه سني وقوعا اي وقوعه بالسنة فتصح ارادته وتكون اللام للتعليل اي لاجل السنة التي اوجبت وقوع الثلث بخلاف ما لو صرح بالاوقات فقال انت طالق ثلثا في وقت السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية انما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل وهي في مثله للوقت اظهر منها للتعليل فينصرف الى التعليل بالنية والى الوقت عند عدمها بخلاف لفظ اوقات وكذا اذا نوى ان يقع عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت عند راس الشهر حائضا او طاهرة لان راس الشهر اما ان يكون زمان حيضها او طهرها فعلى الثاني هو سني وقوعا وايقاعا وعلى الاول سني وقوعا فنية الثلث عند راس كل شهر مع العلم بان راس الشهر قد يكون حائضا فيه نية الاعم من السني وقوعا وايقاعا معا او احدهما **قوله** وان كانت اي المرأة التي قال لها انت طالق ثلثا للسنة او من ذوات الاشهر التي هي فصول الحدة عندهم فيتناول الحامل عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقعت للساعة واحدة وبعد كل شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا من ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض وقوعا فنية الثلث عندنا خلافا لزفر رحمه الله لما قلنا من انه سني وقوعا فيصح منويا وتقابل ان يقع الثلث في الحال متتابعة لان هذا يجوز ان يطلقها ثلثا متتابعة ان كان وقت في حقها وقت طلاق السنة وارجحتم به ذلك وهو ان الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلث في الوقوع كما لو شهدا بشهود وقال انت طالق ثلثا للسنة على ما مر عن ابي حنيفة رحمه الله حيث يقع الثلاث متتالية لان وقت كل واقع منها وقت السنة وان اختلف الوجه وعلى هذا يجب ان لا ينحصر حمل طلاقها ثلثا بالملفقات متفرقة في ان يفرق بين كل تطليقتين بشهر بل غايته ان يكون اولى فينعطف هذا البحث على ما تقدم ايضا **قوله** بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة اذ اذا قال انت طالق للسنة ولم يذكر ثلثا وقعت واحدة في الحال ان كانت في طهر لم يجامعها فيه وان كانت قد جامعها او حاضا لم يقع شئ حتى تطهر فيقع واحدة لان اللام فيه للاختصاص اي الطلاق المختص بالسنة ولو نوى ثلثا صح مفرقا على الاطهار صح لان المعنى في وقت طلاق السنة وهو ظرف لوقوع الطلاق في كل وقت منها وهي متعددة لتعدد الواقع فيصح ولو نوى ثلثا جملة اختلف فيه فذهب المعتزلة فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات الى انه لا يصح وانما يقع به واحدة في الحال وذهب الفقيه ابو زيد وشمس الائمة وشيخ الاسلام الى انه يصح فيقع ثلاث جملة كما يقع مفرقا على الاطهار لان السنة تحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما اذا صرح بلفظ الثلاث وحقيقة لبعضهم بان تطليقة الحقيقة بالسنة مستحق وجودها عرفا وشرعا وكلاهما عرفا بالسنة وان اقترن احدهما بالبدعي فايهما نوى وقع فاذا نوى البدعي صح لانه يحتمل

وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته وهو حال هليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته لاعتبار ابائه الطائع وهذا لانه عرف الشرعين ولاختيار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع

المغلوب على عقله وضعفه وروى ابن ابي شيبة بسنده عن ابن عباس رضي الله عنه لا يجوز طلاق الصبي وروى ايضا عن علي رضي الله عنه كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه وعلقه البخاري ايضا عن علي رضي الله عنه بجواز هبته النفاذ وروى البخاري ايضا عن عثمان رضي الله عنه انه قال ليس لمجنون ولا لسكران طلاق لكن معلوم من كليات الشريعة ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له اهلية التصرف واذنا بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصا ما لا يحل الا لانتفاء المصلحة ضده القائم كالطلاق فانه يستدعي تمام العقل لحكم به التمييز في ذلك الامر ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنه السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيدا لاعتبر لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم. وكون البعض له ذلك لا يبني الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمضان الكلية وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب انه اذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه وعن ابن عمر نحو جواز طلاق الصبي مراده العاقل ومثله عن الامام احمد رحمه الله والمعتمد العلم بصحة هذه النقول **قوله** وطلاق المكره واقع وبه قال الشعبي والنخعي والثوري خلافا للشافعي رحمه الله وبقوله قال مالك واحمد رحمه الله فيما اذا كان الاكراه بغير حق لانه صح طلاقه لو اطاعه وهو مروي عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه لا يجامع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه قضاء وكذلك المكره مختار في التكلم اختيارا كاملا في السبب الا انه غير راض بالحكم لانه عرف الشرعين فاختار اهونهما عليه غير انه محمول على اختياره ذلك والاثم ليهذا في نفي الحكم يدل عليه حديث حذيفة وابيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم فبين ان اليمين طوعا وكرها سواء فعلم ان الاثم للاكراه في نفي الحكم المتعلق بحرف اللفظ عن اختيار بخلاف البيع لان حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضاء وهو منتف بالاكراه وحديث رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه من باب المقتضى ولا عموم له ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم احكام الدنيا واحكام الآخرة بل الى حكم الدنيا واما حكم الآخرة فالاجماع على ان حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه والاعم وروى محمد رحمه الله باسناده عن صفوان بن عمر الطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا او لاذبحنك فناشدها الله فابت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق وروى ايضا عن عمر رضي الله عنه قال اربع مهملات ليس فيهن رديد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة واما الوجه الثاني الاكراه لا يزيل الخطاب فيما اكره فيه حتى يباح مرة ويقترض ويحرم اخرى فليس الكلام في حل الاقدام وحرمته بل في ترتب حكم ما حل او وجب الاقدام عليه اذا كان تلفظا اولا يلزم من حل التلفظ دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه اذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما يثبت مع الاكراه احكامه عشرة تصرفات النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والفيء والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر وجمعها ليسهل حفظها في قولك بيع مع الاكراه عتق ورجعة + نكاح وايلاء طلاق مفارق وفيء وظهار واليمين ونذره وعفو لقتل شاب عنه مفارقي وبهذا في الاكراه على غير الاسلام والا فبالاكراه على الاسلام تمام احد عشر لان الاسلام يصح معه **قوله** وطلاق السكران واقع وكذا عتاقه وخلعه وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي وفي بعض النسخ المختصر من قوله يقع الطلاق اذا قال نويت به الطلاق يعني المكره والسكران فليس بشيء لاصحابنا لانه اذا قال نويت به او ذكر كناية من الكنايات مثل انت حرة فيجب ان يصدق فيقع بالاجماع وفي شرح بكر السكران الذي يصح به التصرفات

ان يصير بحال يحسن ما يستقبحه الناس ويستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وفي الاصح واحمد في رواية وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث واسحق بن راهويه وابو ثور وزفر وقد ذكرنا عن عثمان رضه وروي عن ابن عباس رض وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشائخنا ووجه ان اقل ما يصح التصرف معه وانكان حكمه ما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح او مظانه وليس له ذلك هو اسوأ حالا من النائم لانه اذا اوقظ يستيقظ بخلاف السكران وبما ذكرنا ان الجنون والبنج والدواء وهو الافيون وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا اثر له والا صحت ردته ولا تصح قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالامر والنهي بحكم نوعي عرفنا انه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه في الاحكام الفرعية وعقلنا ان ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية وهو وقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد ان اختلفوا فيها فافتى البعض بحرمتها وافتى اسد بن عمر بحلها لان المتقدمين لم يتكلموا فيها بشئ لعدم ظهور شانها فيهم فلما ظهر من امرها من الفساد كثيرا وفشى عادة مشايخ المذهبين الى تحريمها وافتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها فادرنا عليه واعتبرنا اقواله وهذا الوجه من الجانبين يفيد ان الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الاول وهو من لا عقل له يميز به الرجل الى آخره وبه يبطل قول من ادعى ان الخلاف انما هو في معنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييز الرجل من المرأة والعجب ما صرح به في بعض العبارات من ان معه من العقل ما يقوم به التكليف فلا شك ان على هذا التقدير لا تجيء لاحد ان يقول لا يصح تصرفاته اما ذلك الخطاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى لانه انكان خطابا له حال سكره فقد ض وانكان قبل سكره يستلزم ان يكون مخاطبا في حال سكره واذا قال اذا جئت فلا تفعل كذا وبدلالات النصوص والاجماع فانه لما الحق بالصاحي فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحد والقصاص حتى حد وقتل اذا قذف وقتل فانه الحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعتاق اولى وانما لم يعتبر اقراره بما يوجب الحد لان حاله وهو كونه لا يثبت على شئ يوجبه اجماعا اقربه يعتبر عدم صحة ردته لان صريح النص ما اعتبر عقله بالفعل الا فيما هو من فروع الدين فلو اثبتناه في اصل الدين كان بالقياس والا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب الكفر التشديد فيما يوجبه والان الكفار والحالة هذه انما يكون احتياطا ولا يحتاط في الكفار بل يحتاط في عدمه ولان كونها لا اعتقاد وهو منتف لا يقال يلزم عدم كفار الهازل لانه ايضا لا يعتقد ما قاله من الكفر لانا نقول كفاره بالاستهزاء بالدين لا بالاستخفاف بالدين كفر وهو منتف في السكران لان زوال العقل لا يوصف بانه مستخف بشئ وفي جعل الفقهاء لان بقاء عقله للزجر والحاجة الى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولان جهة زوال العقل لا يقتضي بقاء الاسلام وجهة بقائه زواله فيرجح جهة البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلى وعدم الوقوع بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوي غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب معصية حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو او خال الآفة ينبغي ان يقول يقع فان عبد العزيز الترمذي قال سئلت ابا حنيفة رح عن رجل شرب البنج فارتفع الى راسه فطلق امرأته قال ان كان حين شرب يعلم انه ما هو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق ومعلوم ان الضرورة بيعته وكان محمد بن مقاتل يقول اذا قلنا اذا شرب الخمر فتصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع والحكم لا يضاف الى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة على الصداع لقطع بان تزول لا يصل الى المعلول الذي هو شربنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا عند استعداد الطبيعة

وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك جوهر في آخر الكتاب
ان شاء الله تعالى وطلاق الامة تطليقتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي رحمه الله
معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق للرجال والعدة للنساء ولان صفة المالكية تمامة والرق ينتصف
بها ومنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكية ايلغ والذ ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان

في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بمعنى الترخص
فلم يضف زوال العقل اليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال حيث تعلق التشديد لاضافة
زوال العقل اليه وهو المعصية وعلى هذا الوشربها مكرها او لاساغة لقمة ثم سكر لا يقع عند الائمة الثلثة وبه قال بعض مشايخنا وفخر الاسلام وكثير منهم على انه
يقع لان عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها والاول احسن لان موجب الوقوع عند زوال العقل ليس الا التسبب في زواله بسبب
محظور وهو منتف واما حاصل ان السكر بسبب مباح كمن اكره على شرب الخمر او الاشربة الاربعة المحرمة او اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ومن سكر مما
مختلف العبارات واما من شرب من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول محمد
لان السكر من كل شراب محرم **قوله** وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة وكانت كالعبارة في الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وقذفه
وسواء قدر على الكتابة او لا وهذا استحسان بالضرورة فانه لو لم يعتبر منه ذلك ادى الى موته جوعا وعريا ثم رأينا الشرع اعتبرها منه في العبادات لانه يدى انه اذا
حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا مستقيما فكذا في المعاملات وقال بعض الشافعية ان كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة لامتناع الضرورة بما هو
اصل على المراد من الاشارة وهو قول حسن وبه قال بعض مشايخنا ولا يخفى ان المراد من الاشارة التي يقع بها طلاق الاشارة المقرونة بتصويت
لان العادة منه ذلك فكانت الاشارة بيانا للمجمل لا خرس وتتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والاخرس فيها كالصحيح فاذا طلق الاخرس امرأته بالكتابة وهو
يكتب جاز عليه بمرة لكن لا يجوز على الصحيح لانه عاجز عن الكلام قادر على الكتابة فهو كالصحيح في الكتاب سوار وسنفصله انشاء الله تعالى
موصولا بكنايات الطلاق **قوله** وطلاق الامة تطليقتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي معتبر
الطلاق معتبر بالرجال فان كان الزوج عبدا وهي حرة حرمت عليه تطليقتين وان كان هو حرا وهي امة لا تحرم عليه الا بثلث وتقل ان الشافعي لما
قال عيسى بن ابان له ايها الفقيه اذا ملك الحر على امرأة الامة ثلثا كيف يطلقها للسنة قال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت وقع اخرى فلما
اراد ان يقول فاذا حاضت وطهرت قال له حسبك قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة ويقول الشافعي
قال مالك واحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبقولنا قال الثوري وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما لما روى عنه
صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء قابل بينهما باعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فكذا ما قوبل به تحقيقا للمقابلة فاوجب الضعف من
ان يراد به الايقاع بالرجال لانه معلوم من قوله تعالى فطلقوهن وفي موطأ مالك ان نفيعا مكاتبا لام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم اعتق
كان تحته امرأة حرة فطلقها ثنتين ثم اراد ان يراجعها فامره ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ان يأتي عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا
بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا لا حرمت عليك حرمت عليك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان
رواه ابو داود والترمذي وابن ماجة والدارقطني عن عائشة رفعه وهو الراجح الثابت بخلاف ما رواه وما هو من معنى المقابلة لانه فرع
صحة الحديث او حسنه ولا وجود له حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف وقال الحافظ ابو الفرج بن الجوزي موقوف على ابن عباس رضي الله عنه
وقيل من كلام زيد بن ثابت وحديث الموطأ موقوف عليه على عثمان وهو لا يرى تقليب الصحابي رضي الله عنه الا لازما انما يكون بعد الاسناد اليه لان حقيقة نقض
مذهب الغير بالاعتقاد الملزم صحيحا ولا يكون نقض مذهب غيره فقط ليوجب صحة مذهب نفسه الا بطريق عدم القائل بالفصل وهذا لا يكون الا

فتوقعه ويرجى له السرور
ولان حل عليه نعمة وهي الطلاق شرف تضعيف النعم لان العقدة لا تتجزى فتكاثر عقدتان وتاء وضاعف وزان الانتفاع
بالبضع ولا يتجزى لعيد لم يأذن مولاه وطلقه واقتصاره على الرقبة لانه يملك النكاح حق العبد فيملكه باستفاضة الله ورسوله

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على اضربين صريح وكناية والصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك وهذا يقع به الطلاق رجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في
الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا

اذا كان المفتوح مما يعتقده صحيحا وهو متروك عندنا في مذهب الصحابي فهو في معتقده غير متقوض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم ما عندنا فان ثلاث
قد تنتصف ايضا ما روينا من رواية مضاهير ولم يعرف له سوى هذا الحديث قلنا اولا التضعيف ببعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويتم
وثانيا بان ذلك التضعيف ضعيف فان ابن عدي اخرج له حديثا آخر عن المقبري عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ عشر آيات في كل ليلة
من آخر آل عمران وكذا رواه الطبراني ثم منهم من ضعفه عن ابي عاصم النبيل فقط ومنهم من نقل عن ابن معين وابي حاتم والبخاري تضعيفه لكن قد وثقه
ابن حبان وما اخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس مرفوعا وله مظاهر شيخ من اهل البصرة ولم يذكره احد من متقدمي مشائخنا يخرج فاذن
ان لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا وما يصح الحديث ايضا عمل العلماء على وفقه قال الترمذي عقيب رواية حديث غريب والعمل عليه عند اهل العلم من اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفي الدارقطني قال القاسم وسالم على هذا السلف وقال مالك هذه الشهرة الحديث بالمدينة يغني عن صحة سنده انتهى والله اعلم

قوله ولان حل الجملة لنعمة تتزيد بزيادته ولذا اتسع محله صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضله والرق شرف تضعيف النعمة في الشرع كما عرف لا
ان العقدة لا تتجزى فتكاثرت عقدتان يعني يلزم لتضعيف النعمة ان يتزوجها مرة ونصفا عقيب طلاقه اياها لكن العقدة لا تتجزى فكلت
كالطلقة والطلقتين في حقها ثم لو تم امر ما رواه كان المراد به ان قيام الطلاق بالرجال لانها لو كان احتمالا للفظ مساويا لنايدة بتمامه وبنائه فكيف وهو
البناء والى الفهم من ذلك اللفظ كما هو في قولهم الملك بالرجال **قوله** واذا تزوج العبد امرأة ووقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته
لان ملك النكاح يثبت للعبد لان ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها سيقع على اصل الحرية الا ان يحتاج في ابتداء تملكه اياه الى اذن المولى لانه
لا تشرع بالمال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعاقبا برقبته بحيث تؤخذ هي فيه وفي ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على
رضاه به والتزامه اياه فاذا التزمه حتى ثبت له الملك كان اليه فعله لا الى غيره في سنن ابن ماجة من طريق ابن ابيعة عن ابن عباس رضي الله عنهما جاء النبي صلى الله عليه وسلم
رجل فقال يا رسول الله سيدي زوجني امته وهو يريد ان يفرق بيني وبينها فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا ايها الناس ما بال احدكم يزوج
عبده من امته ثم يريد ان يفرق بينهما انما الطلاق لمن اخذ بالساق رواه الدارقطني ايضا من غير ما والله اعلم **فروع** الوكيل بالطلاق اذا لم يكن
بمال لا ينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا او رجعيا فللوكيل ان يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة واذا انقضت عدتها ينعزل لانها حينئذ
كالموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق بائنا فانه لو طلقها الوكيل وقع عليها والله اعلم بالصواب

باب ايقاع الطلاق لما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه واقسامه الاولية السني والبدعي واعطاء بعض احكام
تلك الكليات وهذا الباب لبيان احكام جزئيات تلك الكليات فان المورد فيه خصوص الفاظ كانت طالق ومطلقة وطلاق لاعطاء احكامها كذا
واضافته الى بعض المرأة واعطاء حكم الكل وتصويره قبل الجزئي فنزل منزلة تفصيل بعقب اجمالا فظهر ان المراد باب بيان احكام ايقاع والوقوع
لا ارادة المعنى المصدري الذي لا تحقق له فارجا **قوله** فالصريح قوله انت طالق الى آخره ظاهر الحال يفيد ان الصريح سوى ذلك ليس كذلك فسيذكر منه
التطليق بالمصدر ولفظ الكنز كانت طالق ومطلقة وطلقتك احسن لاشمار الكاف بعدم الحصر على هذا الا يصح ضبط الصريح بانه ما اجتمع فيه
طال ق بصيغة التفعيل لا الافعال الا ان يقال الوقوع بالمصدر لتناوله بطالق **قوله** فكذا صريحا فان ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر
حقيقة او مجازا صريح فان لم يستعمل في غيره فذاك وان ارتبا الصراحة في هذه الالفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال في معنى الطلاق دون

وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال

غير الا ان في قوله في تعليل عدم افتقاره الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لان الموصوف بالغلبة بنافيها وهو قوله لعدم الاستعمال في غيره والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص وزاد الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفراق لورودهما في القرآن للطلاق كثيرا فانا نمنع التعارف فيما في العرف العام في الطلاق لاستعمالهما شائعا مرادا بهما وقوله وانه يعقب الرجعة ذكر للصريح حكمين كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه الى نية اما الاول فمقيد بما اذا لم يعرض عارض تسمية مال او ذكر وصف على ما سياتي وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة الى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن بعد صريح طلاقه المفاد بقوله والمطلقات يتربصن فعلم ان التسريح يستعقبها الاجماع على ان المراد بالبعولة في الآية الكبرى المطلقون صريحا حقيقة كان او مجازا غير متوقف على اثبات كون المطلق رجعيا بعلا حقيقة فلا حاجة الى اثباته في ذلك واما قولهم سماه بعلا فعلم ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ثم ايراد ان حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا الا مجازا وحمله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو باول من قلبه ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك بل يقال ايضا بعد انعقاد سبب زواله معلقا بمعلق الملك على معنى منع السبب من تاثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع في البيع الذي فيه خيار شرط للبائع فان معناه رد المبيع عن ان يخرج عن ملكه عند مضي المدة بفسخ السبب في الحال وذلك لانه لم يخرج عن ملكه كما يقال متعلقا به تاثير السبب كما في رد المشتري المبيع بالعيب يعني الى قديم الملك الزائل فانما يحتاج اليه لاثبات بحث اخر على ان كونه في الاول حقيقة مما يمنعه المخصم ويدل عليه ايضا قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان فانه اعقبه الرجعة التي هي المراد بالامساك وهو الانسب بقول المصر وانه يعقب الرجعة بالنص على ذلك لان الامساك لاستدامة القائم لا اعادة الزائل يدل على ابقاء النكاح بعد الرجعي وهو المطلوب لا خروا ما الشافعي وهو كونه لا يفتقر الى النية فمحل فيه اجماع الفقهاء الا داود دلالة لانه لا يمنع ان يراد به الطلاق من غير قيد النكاح قلنا احتمال الغير باخطاره عند خطاب المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى وحديث ابن عمر حيث امره بالمراجعة ولم يسال النوي ايدل على ذلك فان ترك الاستفصال في وقائع الاحوال كالعموم في المقال ولا يخفى ان قرائن ارادة الايقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ودلالة اطلاق قوله تعالى الطلاق مرتان ونحوه على اعتبار عدم النية البتة ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه اذا لم ينو شيئا اصلا يقع لا انه يقع وان نوى شيئا آخر لما ذكرنا انه اذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لاقتضائه وكذا عن العمل في رواية كما سيذكر ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما لمعناه او النسبة الى الغاية كما يفيده فرع هي انه لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول انت طالق ولا ينوي لا تطلق في متعلم يكتب ناقلا من كتاب جل قال ثم توقف وكتب امراتي طالق وكلما كتب قرن الكتابة باللفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه ولو قال لقوم تعلمت ذكر الطلاق بالفارسية فقولوه معي فقال زن من ببسه طلاق فقالوه لم يحكم بالحرمة عليهم وكذا لو لم يعتقدوه ذكر واعتقدوه شيئا آخر كذا نقل من فتاوى المنصوري وفي الخلاصة لو لقنت المراة زوجت نفسي من فلان بالعربية ولم تعرف معناه وقبلت بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه او لا يعلمون صح النكاح كالطلاق وقيل لا كالبيع يقتضي عدم الخلاف في الوقوع في مسئلة الذكر وفيها في الجنس الاول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل او طلاق الرجل الذي اراد ان يتكلم فسبق لسانه بالطلاق وقع وفي النسفي فقال ابو حنيفة رحمه لا يجوز الغلط في الطلاق وهو ما اذا اراد ان يقول اسقني فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين وقال ابو يوسف رحمه لا يجوز الغلط فيهما وفي الاجناسية ايضا قالت لزوجها اقرأ على محمدي انت طالق ثلثا فصل طلقت ثلثا في القضاء لما في فيما بينه

فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء

وبين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم ينو وهذا يوافق ما في المنصوري ويخالف مقتضى ما ذكره آنفا من مسئلة التلقين بالعربية الذي يتغير
من الشرع ان لا يقع الا بقصد لفظ الطلاق عند الله وقوله فيمن سبق لسانه واقع اي في القضاء وقد يشير اليه قوله ولو كان بالعتاق بدين بخلاف
الهازل لانه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ وسنذكر في انت طالق اذا نوى به الطلاق من الوثاق بدين فيما بينه وبين الله تعالى مع انه اصرح صريح في
الباب ثم لم يعارض ذلك قوله ولا يحتاج الى النية لان المعنى لا يحتاج الى النية يعني اللفظ بعد القصد الى اللفظ والحاصل انه اذا قصد السبب عالما بانه سبب
رتب الشرع حكمه عليه اراده او لم يرده الا ان اراد ما يحتمله وانما انه اذا لم يقصده او لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم
اللفظ ولا باللفظ فما ينبو عنه قواعد الشرع وقد قال تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم وفسر باجرين ان يحلف على امر يظنه كما قال مع انه قاصد
للسبب عالم بحكمه فالغاه لتلطه في ظن المحلوف عليه والاخران يجري على لسانه بلا قصد الى اليمين كلا والله فلا والله فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده
اليه فهذا التشريع لعباد ان لا يرتبوا الاحكام على الاشياء التي لم تقصد وكيف لا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه فانها لا يصح
غير العليم وهو القاضي في الحادث يرد معتبرا الى الجوامع الاصغران اسد اسئل عمن اراد ان يقول لزينب طالق فجرى على لسانه عمرة على اي ما يقع الطلاق الاشباه
فقال في القضاء تطلق التي سماها وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما اما التي سماها فلانه لم يردها واما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية
فهذا صريح واما ما روي عنها نصيص من ان من اراد ان يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه قوله كذا اذا نوى الاباينة اي
بالصريح يقع رجعيا وبالخفية لانه قصد باللفظ تخيرا علقه الشرع بالقضاء العدة عند وجوده بقوله تعالى اذا طلقتم النساء فطلقن لعدتهن اجلس فامسكوا من
بمعروف او سرحوهن بمعروف والاجماع على ذلك فيرد عليه لانه اذا استعجل ما اخر الشرع رد كما ورث الوارث بالقتل لاستعجاله فيه قوله
ولو نوى الطلاق اي بقوله انت طالق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر الا ان يكون مكاتبا ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله
ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه لا يحتمله لان الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل فلا يكون
محتملا للفظ وعن الحقيقة ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه ليستعمل للتخلص فكانه قال انت متخلصة عن العمل ولو صرح فقال طالق من هذا العمل
صدق ديانة لا قضاء على الاول لانه ينافي انه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لانه يستعمل فيه
قليلا وكل ما يدين فيه القاضي اذا سمعته منه المرأة او شهد به عندها عدل لا يسعها ان تدين له لانها كالقاضي لا تعرف منه الا الظاهر قوله
ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها اي لفظة مطلقة غير مستعملة فيه اي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفا بل في
الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحا فيتوقف على النية فرع ولو قال لها يا مطلقة بالتشديد او يا طالق وقع ولو قال لم يقع الا ان ينوي لانه لم يصدق
ديانة للاستعجال لان لفظه اذا كان يحتمله اللفظ اذا كان يحتمله اثباته بذلك اللفظ بخلاف يا ابنة الخبيثة ولو كان لها زوج طلقها قبل قال لم يقع لانه لم
يصدق لان لفظه استعضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ اذا كان يحتمله اثباته بذلك اللفظ بخلاف يا ابنة الخبيثة ولو كان لها زوج طلقها قبل قال لم يقع لانه لم
يصدق لان لفظه استعضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ اذا كان يحتمله اثباته بذلك اللفظ بخلاف يا ابنة الخبيثة ولو كان لها زوج طلقها قبل قال لم يقع لانه لم
ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية ابي سليمان وهو حسن ينبغي على قياس ما في العتق لو سماها طالقا ثم ناداها بانها لا تطلق
وقد روى وكيع عن ابن ابي ليلى عن الحكم بن عيينة عن خثيمة بن عبد الرحمن ان امرأة قالت لزوجها سمني فسماها الطيبة فقالت ما قلت شيئا فقال
لها يا اصيلة فقالت سمني خلية طالق قال فانت خلية طالق فجاء عمر رفعوا اليه فقص القصة فاوجع عمر راسها وقال غيبدا ما اوجع
راسا لو قالا طلقتك مس هو كاذب كان طلاقا في القضاء ولو قال فلانة طالق ولم ينسبها الى بيتها او اهلها او اخيها او قال يا امرأة بذكاء اللسان النسب

لا يكون طلاقا الا بالنية لاحتمال غير مستملة فيه عرفا فلم يكن صريحا

فقال عنيت اخرى اجنبية لا يصدق في القضاء بخلاف الاقرار فقالوا بين فوات ان ادعى من ذلك اسمه ونسبه لان ما هو طلاق يكذبه الاصل عليه هذا العمل لا أهو فلان بن فلان ولو قال عنيت المرأة التي عنيت امرأتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها لم يصدق في ابطال الطلاق عن المعروفة الا ان يشهد الشهود على نكاحها قبل ان يتكلم بالطلاق او على اقراره بها قبل ذلك او تصدقه المرأة المعروفة كذا في الكافي للحاكم ولو قال لامرأتي فلانة عنيت فلان طالق وسماها لغير اسمها لا تطلق امرأته الا بالنية وعلى هذا الوصف لو امنه فقال ان خرجت من البلدة قبل ان اقضيك فامرأتي فلانة طالق واسم امرأته غيره لا تطلق اذا خرج قبله ولو قال لاحدى نسائه يا زينب فاجابته زوجته عمرة فقال انت طالق طلقت المجيبة هو الحال اسمك زينب طلقتها هذه بالاشارة وذلك باقراره هذا في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى فانما يقع على التي قصد بالذكر في البدائع ولو قال انت زينب فقالت عمرة نعم فقال اذن انت طالق لا تطلق عمرة ولو قال عليك الطلاق او لك اعتبرت النية ولو قال قولي انا طالق لا تطلق حتى يقول لها ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح احداهما فاسد فقال فلانة طالق وقال عنيت التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء وكذا لو قال احدكما او احدى امرأتي طالق وقع بالتي تزوجها اولا وكذا لو قيل له طلقتها فقال نعم او اذن في صريح بقيد النية في البدائع ولا يقع بالطلاقك الا اذا تخالعت في الحال ولو قالت انا طالق فقال نعم طلقت ولو قال في جواب طلقني لا تطلق وان نوى ولو قيل له أنت طلقتها فقال بلى طلقت او نعم لا تطلق والذي ينبغي عدم الفرق فان اهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما ايجاب المنفي ولو قال خذي طلاقك فقالت اخذت اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ويقع بطلاقك اسد طلقتها في النوازل مرة ثم اعاد ما شرط له النية وهو الحق واما المصدر فهو خمسة الفاظ طلاق وتطليق وطلاغ وطلاغ وطلاك وتطليك ويقع به في القضاء ولا يصدق الا اذا اشتهد على ذلك قبل التكلم بان قال امرأتي تطالب مني الطلاق وانما لا اطلق فاقول هذا ويصدق ديانة وكان ابن الفضل يفرق ولا بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني ثم رجع الى هذا وعليه الفتوى ولو قال لنساء اهل الدنيا او لنساء اهل الري طوالق وهو من اهل الري لا تطلق امرأته الا ان نوى هكذا رواه هشام عن ابي يوسف رح وعليه الفتوى وعن محمد رح روايتان ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الاصح وفي نساء اهل السكة او الدار وهو من اهلها ونساء هذا البيت وهي فيه تطلق ونساء اهل القرية منهم من الحقها بالدار ومنهم من الحقها بالمصر ولو قال طلاقك علي لا يقع ولو زاد فرض او واجب او لازم او ثابت قيل تطلق رجعية نوى او لا وقيل لا يقع وان نوى وقيل في قول ابي حنيفة رح يقع وفي قولهما لا يقع في واجب ويقع في لازم وقيل في قول ابي يوسف رح يرجع في ذلك كله الى نيته وقيل يقع في واجب للتعارف وفي الثلاثة لا يقع وان نوى لعدم التعارف وفي الفتاوى الكبرى للخاصي المختار انه يقع في الكل لان الطلاق لا يكون واجبا او ثابتا بل حكمه وحكمه لا يجب ولا يثبت الا بعد الوقوع وفرق بينه وبين العتاق وهذا يفيد ان قبوله اقتضاء ولا يتوقف على نيته الا ان يظهر فيه عرف فاش فصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما بينه وبين الله تعالى ان قصده وقع والا لا فانه قد يقال هذا لامر علي واجب بمعنى ينبغي ان افعله لا اني فعلته فكانه قال ينبغي ان طلاقك قد تعورف في عرفنا في الحلف بالطلاق على ترك شيء لا افعل كذا يريدان فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب ان يجري عليه لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت فانت طالق وكذا تعارف اهل الارياف الحلف بقوله علي الطلاق لا افعل ولو قال طال بلا قاف يقع قيل لانه ترخيم وهو غلط اذ الترخيم اختياري في النداء وفي غيره انما يقع اضطرارا في الشعر ولو قال انت ثلاث وقف ثلاث ان نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال لم انو لا يصدق ذا كان في حال مذاكرة الطلاق لانه لا يحتمل الرد ولا يصدق ومثله بالفارسية تو بسه على ما هو المختار للفتوى خلافا للصفار ولو قال انت طالق من فلانة وفلانة مطلقة او غير مطلقة فان عنى به الطلاق وقع والا فلا انه نوى ما يحتمله لفظه والمعنى عند عدم كونها مطلقة لاجل فلانة لان افعل التفضيل ليس صريحا وبذا يخالف ما اذا قال له مثلا فلان طلق زوجته

قوله ولا يقع به الا واحدة وان نوى الثلث ومثله الشافعي رحمه الله يقع ما نوى هو محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطالق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يجمع قران العدد به فيكون نصا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق ولا يحتمل العدد كما انه ضده وذكر الطالق ذكر الطلاق وهو صفة للمرأة لان الطالق صفة تطلق والعدد الذي يقترن صفة لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك اعطيته جزيلا اي اعطاء جزيلا ولو قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق وانت طالق طلاقا ان لم تكن له نية او نوى واحدة او اثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلثا فثلث

فقال لها ذكي فانه يقع وان لم ينو وكذا لو قال انت اذكى من قرنه لا يحد لانه ليس صريحا في القذف وعن محمد رحمه الله فيمن قال لامرأته كوني طالقا او اطلقي يقع لان قوله كوني ليس امرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا متقابل عبارة عن اثبات كونها طالقا كقوله تعالى كن فيكون ليس امرا بل كناية عن التكوين فكونها طالقا يقتضي ايقاعا قبل فيقتضي الفاعا سابقا وكذا قوله اطلقي ومثله لامته كوني حرة قوله ولا يقع به اي بالصريح المقيد بالفاظ المتقدمة انت طالق مطلقة طلقتك ان لا واحدة وان نوى اكثر من ذلك لا الصريح مطلقا لان منه المصدر وبه يقع الثلث بالنية وقال الشافعي يقع ما نوى وهو قول الائمة الثلثة وزفر وقول ابي حنيفة رحمه الله الاول ثم رجع عنه وجه قول الجمهور انه نوى محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر الطلاق لان الوصف كالفعل جزء مفهوم المصدر وهو محتمله التقاما ولهذا اي ولان ذكره ذكر الطلاق المحتمل للتطليق والكثير صح قران العدد به تفسيرا حتى ينصب على التمييز وحاصل التمييز ليس الا تعيين احد محتملات اللفظ ويدل عليه حديث ركانة انه اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امراتي البتة قال صلى الله عليه وسلم والله ما اردت الا واحدة فقال والله ما اردت الا واحدة فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه ايضا اذ واضح بتة الثلث بقوله انت بائن وهو كناية فمع الصريح الاقوى اولى قوله لنا انه نعت فرد قيل غير مستقيم لان الكلام ليس في المرأة الموصوفة انها تحتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان والثلث طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه وجه تاء التانيث احتمال العدد وبكتبيته وتحرير التقرير ان انت طالق اذا اريد من قيد النكاح كان سببا ولغة وصفا بانطلاقها من قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق والمتيقن ان الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام فاما ان يكون اثبته اقتضاء تصحيحا لاخباره فلا يتجاوز الواحدة اذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك او نقله من الاخبار الى الانشاء وهو خلاف الاصل لان الاصل الاخبار اليه الاشار حب نقل وهو منتف لان جعله موقعا لا يستلزم نقله لان باثنا قد اقتضاء تحصل المقصود وتعبر عن القطع تخلف الخبار لازم الاخبار اذ لا يفهم من انت طالق قط احتمال التصدق والكذب فلزم تحقق النقل نعم يقال اخباره من حيث انشاء من حيث هو انشاء من كل وجه لما قلنا ويمكن ان يقال بعد تسليم المعلوم من الشرع جعله موقعا واحدة فهم انه انما تعلق الانشاء ايقاع الواحدة فجعله موقعا ما شاء استعمال في خصوص المنقول اليه الا ان ينقل ان الشارع قضاه لما هو اعم وليس فلا يراد به وملاحظة ما يصح ان يراد بالمصدر كما ذكرنا انما يتفرع عن ارادة الاتصاف النفسي وننقله الى الانشاء ببينة لانه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة على ان المصدر الذي يدل عليه الفعل هو الانطلاق الذي هو وصفها وذلك لا يتعدد اصلا بل يختلف بالكيفية وبين ما يقبله الرجعة شرعا وما لا فالى الكمية وح تتفق كلامهم هنا وفي البيع حيث جعل المصدر بعت انشاء حيث قال لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة ارادة الثلث في مطلقة تطليقة لانه صار انشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة وعلى هذا فالعدد نحو ثلثا لا يكون الا صفة لمصدر الوصف بل المصدر غيره اي طلاقا اي تطليقا ثلثا كما ينصب في الفعل مصدر غيره ومثل انبتكم من الارض نباتا او يضمر له فعل على الخلاف فيه بخلاف طلقتها وطلقي نفسك لان المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح ارادته منه لانه لا نقل فيه الى ايقاع واحدة هذا ونقض لبطاق طلاقا فانه يصح لارادة الثلث على ارادة مع ان المنتصب هو المصدر والطالق يدل عليه التزاما فالمصدر مقدر به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ فصح ان يراد به الثلث على ارادة التطليق به مفعولا لفعل محذوف تقديره طالق لا في طلقتك تطليقا ثلثا بقي انه يرد ارادة الثلث بانت الطلاق وهو صفة المراة والجواب انه اذا نوى الثلث كان المعنى انت وقع عليك التطليق فصح بنية الثلث وتوقف بانه لم لا يجوز في طالق عند ارادة الثلث ان يراد انت ذات وقع عليك التطليق وجاز في المصدر وقد يقع بانه لو اريد بالمصدر الذي في ضمن طالق وذلك كان يراد باسم الفاعل اسم المفعول وهو منتف فان قلت ظاهر ما ذكرت انه لو صح ان يراد اسم المفعول

لان الطلاق

ووقوع الطلاق باللفظة الثانية نحو الثالثة ظاهر لانه لو ذكر التوحيد وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده
وكذا اولى واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اى عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق
وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال
فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فتتناول الادنى مع
احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر وهو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها
ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان
في حق الحرة عدد والفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحيد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية والجنسية والمثنى معرل منهما

صحت ارادة الثلث والغرض ان صريح اسم المفعول كانت مطلقة لا تقبل نية الثلث فكيف بما يعد جوية والجواب ان الذي تقتضيه اسم المفعول
المفعول للانشاء على الالتزام منا الجواب به والذي يرد بطالق ليس للانشاء فقائل ويدل على انه لا يراد بطالق الثلث حديث ابن عمر رضي في صحيحين طالق
في الحيض فلم يستفسره النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان مما تصح ارادة الثلث به لاستفسره ويدل سئله الملاعنة حديث كانت بن عبد يزيد في سنن
ابي داود انه طلق امرأته بتبتة فقال صلى الله عليه وسلم ما اردت الا واحدة فقال والله ما اردت الا واحدة الحديث فظهر انه لا يصح حكم المحتمل حتى يستفسر
عنه وثبت لنا مطلوب آخر وهو ان الكنايات عوامل لحقائقها لا انها يراد بها الطلاق والا كان غير محتمل فلم يسئله كما لم يسئل ابن عمر رضي لكونها عوامل لحقائقها
احتملت فسئله وانما احتملت حقائقها اعني معنى البينونة التي تفيده البتة مثلا كلا من نوعيها الغليظة المرتبة على الثلث والخفيفة المرتبة على الواحدة وانما
فصح ان يراد كل من النوعين غير انه اذا لم يكن له نية ثبت الاخف للتيقن **قوله** ووقوع الطلاق باللفظة الثانية يعني طالق الطلاق وهي بالثالثة هي طالق
طلاقا وما في الكتاب ظاهر غير ان وقوع الثلاث بطالق طلاقا ان لم يكن بالمصدر وانما وطالق في حق الايقاع كما اذا ذكر مع العدد فان الواقع هو العدد
والا فكل فاذا يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان اخريان وهو باطل في الحرة لما عرف وهذا بخلاف ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقع به الا واحدة وان نوى الثلاث
ويجب ان طالق الطلاق مثله على هذه الرواية اذا لم ينو الا في المنكر **قوله** اما وقوعه باللفظة الاولى وهي الطلاق فان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال
رجل عدل اى عادل فصار كقوله انت طالق ويروى اذا اردت به طالق يلزم ان لا تصح فيه نية الثلث وسيذكر جوابه **قوله** لا يحتاج فيه الى النية اى
في انت الطلاق الى نيته لانه صريح في غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية ان التطليق بالمصدر بالكناية لانه لم تغلب استعماله فيه قول المصر لغلبة
الاستعمال لا يفيد لان الذي غلب استعماله هو الوصف لا المصدر قلنا المراد ان المصدر حيث استعمل كان ارادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا
في طالق الصريح فيثبت له حكمه طالق لا يقال فيلزم في سائر الكنايات انها صريح لانا نمنع انها مستعملة في الطلاق بل في معانيها الحقيقية على ما سيتحقق ولذا لو قال
لها البائن فان قيل فكيف يقع الثلاث وقد اريد به طالق قلنا لانه كما قلنا صريح في طالق ويحتمل ان يراد على حذف مضاف اى ذات طلاق وعلى هذا التقدير
تصح ارادة الثلث ولما كان محتملا توقف على النية وبهذا وجه الشافعي الله تعالى الله جميلا انه وان اريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فصح ارادة
الثلث به لان الارادة باللفظ ليست الا باعتبار معناه لا لذاته التي هي هواء مصفوفا فاذا فرض ان معناه الذي يريد به ليس الا ما يصلح ارادته منه
فكيف يراد به ذلك الذي لا يصح ويمكن ان يراد به انها عين الطلاق ادعاء وتصح معه ايضا ارادة الثلث وعليه قول الخنساء فانما هي اقبال وادبار
يعني الشاقة لا على ان المراد مقبلة مدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا يصح خلافا لزفر والشافعي
الا ان تكون المرأة امة لهما ان المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث قلنا نية الثلاث لم تصح باعتبار انه كثرة بل باعتبار انها فرد من حيث
انه عام جنس واحد بخلاف الثنتين في الحرة لانه عدد محض والفاظ الواحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد وهو الفردية الحقيقية
والجنسية والمثنى بمعزل عنهما وقد ذكر الطحاوي انه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام الا واحدة واما المحلى فيقع به الثلاث قال الجصاص وهذا التفرقة
على العرف لها وجه الا على الرواية التي رويت عن ابي حنيفة رحمه الله في انت طالق طلاقا ان تكون واحدة وان نوى ثلثا لان المصدر ذكر لتاكيد ما
الجاز لا الايقاع اما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق وطالق وفي المغني لابن هبيرة نقلا عن بعض التواريخ ان الرشيد كتب الى ابي يوسف رحمه
ما قول القاضي الامام فيمن قال لامرأته فان تحققي يا هند فالفرق اثنتين وان تخرقي يا هند فالفرق ثلاث فانت طالق الطلاق غير ثنية ثلث ومن تخرق عن واحدة

ولو قال انت طالق الطالق وقال اردت بقولي طالق واحدة ويقولي الطالق اخرى يصدق لان كل واحدة منهما صالحة للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطارق كانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول رقبتك طالق او عنقك طالق او راسك طالق او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك كانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرها قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فطلت اعناقهم وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان

فقال ابو يوسف وهذه مسئلة نحوية فقيهية لا آمن الغلط فيها فاتى الكسائي فسئله فاجاب عنها بما سنذكره وهو بعيد كونه غلطا بعيدا عن معرفة مقام الاجتهاد فان من شرطه معرفة العربية واساليبها لان الاجتهاد يقع في الادلة السمعية العربية والذي نقله اهل الثبت من هذه المسئلة عن قراء الفتوى ما بين وصلت خلاف هذا وان المرسل بها الكسائي الى محمد بن الحسن ولا وصل لابي يوسف رحمه اصلا والرشيد لما قام الى يوسف رحمه اجل من ان يحتاج في مثل هذا التركيب مع امامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الالفاظ ففي المبسوط ذكر ابن سماعة ان الكسائي بعث الى محمد رحمه يفتوه فيها الى فقرتها عليه فقال ما تقول قاضي القضاة الامام فيمن قال لامرأته فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن وان تخرقي يا هند فالخرق شامة فانت طلاق والطلاق عزمة ثلث ومن تخرق اعوز والظلم فاوقع عليه فكتب في جوابه ان قال ثلث مرفوعا يقع واحدة وان قال ثلاثا منصوبا يقع ثلث لانه اذا ذكره مرفوعا كان ابتداء كلام فيبقى قوله انت طلاق فيقع واحدة واذا قال ثلثا منصوبا على معنى البدل والتفسير فيقع به ثلث كانه قال انت طالق ثلثا والطلاق عزيمته لان الثلث تفسير الواقع فاستحسن الكسائي جوابه ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور الصواب ان كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة اما الرفع فلان الى في الطلاق اما بمجاز الجنس نحو زيد الرجل اي المعتد به واما للعهد الذكري اي وهذا الطلاق المذكر عزيمته ثلث ولا يكون للجنس المطلق ليلزم الاخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع اذ ليس كل طلاق عزيمته ثلث فعلى العهدية يقع الثلث وعلى الجنسية واحدة واما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلث اذ المعنى حينئذ فانت طالق ثلثا ثم اعترض بينهما بالجملة وكونه حالا من الضمير في عزيمته فلا يلزم وقوع الثلث لان المعنى والطلاق عزيمته اذا كان ثلاثا فانما يقع ما نواه هذا ما يقتضيه اللفظ وانا الذي اراده الشاعر قالت لانه قال بعده فيبني بها ان كنت غير رفيعة وما لامر بعد الثلث مقدم انتهى وتخرقي بضم الراء مضارع اخرق بكسرها والمرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق والشامة ان الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لفائدة في ارادة ان الطلاق عزيمته اذا كان ثلثا واما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقي كما ذكر يقي ان يراد مجاز الجنس فيقع واحدة او العهد الذكري وهو اظهر الاحتمالين فيقع الثلث ولهذا اظهر من الشاعر انه اراد كما افاده البيت الاخير فجواب محمد رحمه بناء على ما هو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات الى الاحتمال **قوله** ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق تقدم انه اراد بطالق طلاقا او الطلاق ثنتين لا يصح فاقاد بهذا انه لو اراد بهما التوزيع صح ووجهه بقوله لان كلا منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطلاق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها وهذا منقول عن ابي يوسف والفقيه ابي جعفر وشمس الاسلام لان طالقا انت وطلاقا مصدره فلا يقع الا واحدة وكذا في انت طالق الطلاق ويؤيده ان طلاقا نصب ولا يدفع بعد صلاحية اللفظ للتعدد وصحة الارادة به الا بادبار لزوم صحة الاعراب في الايقاع من العالم والجاهل وظهران الاولى في التشبيه ان يقال فصار كقوله انت طالق طالق وطلاق وان صح الآخر من جهة المعنى **قوله** وان اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع ومثل المضاف الى الجملة بقوله انت طالق والمضاف الى ما يعبر به عن الجملة برقبتك طالق ولا يخفى ان الاضافة فيهما معا الى ما يعبر به عن الجملة من لفظ انت ورقبتك الخ والمتحصل ان ما يعبر به عن الجملة اما بالوضع او بالتجوز وقوله لان التاء ضمير المرأة هو احد الاقوال في انت انه بمنزلة ضمير او التاء وان عامة النحاة واللواحق حروف تدل على خصوص المراد **قوله** ويقول رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او راسك او وجهك هذه امثلة ما يعبر به عن كل الانسان وذكر لستعلا انتهائها فيها واما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج فغريب جدا وابعد الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما اخرجه ابن عدي

راس القوم وبجبهة العرب وجهك وجه صدق شتمته ومن هذا القبيل الدم في رواية شاتمه هدر وسنة النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شائعا مثل ان يقول نصفك طالق وثلثك طالق وربعك طالق لما مر ان الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق لانه كالمتجزي في حق الطلاق فيقبل في كل ضربة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق او ربع طلقة او ربع الطلاقة او نحو ذلك لم يقع وكذا لو قال في كل جزء من جزئي البدن كما انه جزء متميز بعقد النكاح وما هو لحاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فثبت الحكم فيه قضية للاضافة فرسري الى الكل كما في جزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي متنع اذ الجزء في سائر الاجزاء قليل الحل وفي هذا الجزء وفي الطلاق الامر على العكس لانه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه يبنى عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

في الكامل عن ابن عباس رض قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج ان يركبن السروج وضعفه وابن لفظ ذوات الفروج من كون لفظ الفروج يطلق على المرأة اطلاقا للبعض على الكل **قوله** راس القوم اي اكبرهم وياوجه العرب يعني ياوجيههم وبه يندفع ما اورد ان الاستدلال به فاسد لان معناه ان القوم كالجسد وقالوا ان الراس منه لان فلانا يعبر به عن القوم كلهم وكذا ما قيل معنى ياوجه العرب انك في العرب بمنزلة الوجه لانه عبر به عن جملة العرب بالوجه وناداهم به ولا تم استدلال به على ان الوجه يعبر به عن الجملة الا اذا كان المراد من قولهم ياوجه العرب يا ايها العرب انتهى ومبنى كلامه على ان التركيب للاستعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتالم بعضهم بتالم البعض فاثبت له الوجه ولا يخفى انه ليس بلازم بجواز كونه مجازا للاستعارة بالتحقيقية شبه الرجل بالراس لشرفه على سائر الاعطاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فاطلق عليه راس القوم ووجهم اي اشرفهم وقوله تعالى كل شيء هالك الا وجهه وبقي وجه ربك اي ذاته الكريمة واعتق رقابهم اي الرقيق وانا بخير ما دام راسك سالما يقال مراده بالذات ايضا **قوله** ومن هذا القبيل الدم يعني في رواية يطلق ويراد به الكل وهي رواية كتاب الكفالة قال لو كفل بدمه يصح وفي رواية كتاب العتق لا يصح فانه قال اذا قال دمك حر لا يعتق وفي الخلاصة صح عند الوقوع **قوله** وكذلك ان طلق جزءا شائعا يعني يقع عليها كنصفها وسدسها لان الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالاجارة **قوله** ولو قال بدك طالق او رجلك وبه يقابل معنى الاول اي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فانه جزء معين لا يعبر به عن الجملة ومنه الاصبع والدبر لا يقع الطلاق باضافته اليه خلافا لزفر والشافعي رح ومالك واحمد رح ولا خلاف ان بالاضافة الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع والعتاق والظهار والايلاء وكل سبب من اسباب الحرمة على هذا الخلاف فلو ظاهر او آلى او اعتق اصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم وكذا العفو عن القصاص وما كان من اسباب الحل كالنكاح لا تصح اضافته الى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف **قوله** لهما حاصله قياس مركب نتيجته الاول انه اي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فجعل صغرى ويضم اليها وما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع وهذا على قول الطائفة من الشافعية فانهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالاضافة الى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسري كما في العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق وقيل يحمل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ قالوا وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال ان دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت ان قلنا بالسراية لا يقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع **قوله** وملخص حاصله منع محليته للطلاق بمنع علية كونه محلا للطلاق بل محليته قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع القدرة امر به منه الى تسليمها لنفسها وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح او لانه ثبت الحل بتعالة حكما لها فكان الطلاق منبئا عن رفع القيد فيكون وضعه من يرفع ذلك ويرتفع الحل بتعالة فيه كما ثبت تبعا للثبوته وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من اجزاء المرأة لان المنع حقيقة لا يتعلق بالاجزاء الجامدة بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وان لم يكن لها يد وحل الاستمتاع بالاجزاء المعينة تبع في ذلك بخلاف الجزء الشائع اذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ووقوعه بالاضافة الى الراس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقصودا ولذا لو قال لزوجي عنيت الراس مقتصرا قال الحلواني لا يعبد ان يقال لا يقع لكن ينبغي ان يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى اما في القضاء اذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ولو قال عنيت باليد صاحبتها كما اذا اراد عرفا

فلا يتعلق

بمعنى

وخلقه في نصفه والنصف والاخر انه لا يتبعض لانه لا يتبعض عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلث تطليقة كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض المتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقة او تطليقتين ونصف طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق تطليقة ونصف تطليقة يقع تطليقتان لانها طالقة ونصف فتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسها فيصير ثلثا

في قوله الحرام بما قربت يداك اي قربت وعناه صلى الله عليه وسلم في قوله على اليد ما اخذت حتى ترد وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالاضافة اليها لان الطلاق مبني على العرف كذا لو طلق المبتلى بالقارسية يقع ولو تكلم به العربي ولا يدري به لا يقع ولا مناقشة في هذا انما الخلاف في ان ايمانك تحتمل ان يكون محلا للاضافة الطلاق اليه على حقيقته دون ميرورته عبارة عن الكل فاما على مجازه في الكل لا اشكال انه يقع يا كان اذ ورجلا لبعد كونه مستفيها العتة او العتوم **قوله** واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن كل البدن ولذا لو قال ظهرك علي او بطنك كظهر امي لا يكون مظاهرا وقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى الظهر متحم فيه اما لو كان فيهما عرف في ارادة الكل بهما ينبغي ان يقع ولذا لا يقع بالاضافة الى البضع وما في بعض النسخ لو قال لبضعك طالق يقع قال شمس الائمة الحلواني تصحيف انما هو بضعك او نصفك وفي الخلاصة استك طالق كفرجك طالق بخلاف الدبر وقال شارح عندي فيه نظر لان الاست بمعنى الدبر وليس بذاك لان البضع بمعنى الفرج ايضا ويقع في الفرج دون البضع يجوز تعارف احدهما في الكل دون الآخر والاوجه ان محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا ان المدار تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك بل الان حقيقة الكلام ان يقال يقع بالاضافة الى اسم جزء يعبر به عن الكل فان نفس الجزء لا تتصور التعبير به او قد يقال على المتوان كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب ان لا يقع بالاضافة الى الفرج او وقوع استعماله من بعض اهل اللسان فيجب ان لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه وايضا ظاهر الكلام ان المضاف الى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح اذا لم يشترط في الوقوع به النية او الصراحة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك **قوله** وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت تطليقة وكذا الجواب في كل جزء سماه كالثمن او قال جزء من الف جزء من تطليقة وقال نفاة القياس لا يقع به لان بعض الشيء غيره والشرع الطلاق لا غيره ولا يخفى ان المراد لغيره ما ليس اياه والا فالبعض عند المتكلمين ليس نفسا ولا غيرا والجواب ان الشرع ناظر الى صون كلام العاقل عن تصرفه ما امكن ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن المذكور لا جزءا كان كذكر كله تصحيحا كالعفو **قوله** ولو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة وقيل ينبغي ان لا تقع الثالثة لان في ايقاعها شكا لان ثلثة انصاف تطليقتين يحتمل ما ذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا لان التطليقتين اذا انصفتا صارتا اربعة انصاف فثلثة منها طلقة ونصف فتكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا انصفتا طلقتين فنصفتا كل من طلقتين والثاني هو الموجب للاربعة الانصاف وهو احتمال في ثلثة انصاف تطليقتين فيثبت في النيته لا في القضاء لان الظاهر هو ان نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين **قوله** ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وهذا هو المنقول عن محمد وفي الجامع الصغير والبه ذهب الناطفي والعتابي وعرف سنة انه لو قال لنصفي تطليقة لم يقع واحدة وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا والثلث كالجمع احتمال للمساطفات فكانه قال لنصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ولو قيل ان المعنى لنصف تطليقة ونصفها الآخر مثله بالضرورة اذ ليس للشيء الا نصفان فيقع ثنتان الا ان نصفها ونصفها اجزاء طلقة واحدة كقوله لنصف طلقة سدسها وثلثيها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة سدس طلقة حيث يقع ثلث لان النكرة اذا اعيدت نكرة فالثانية غير الاولى فاقع عن كل

ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة وان قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رح في الاولى لا يقع شئ وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس كما لو قال ابعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط

تطليقة جزء ولو زاد جزء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الاخير من احدى هذه الوقيل يقع ثلث اذا قال نصف طلقة وثلثها وسبعة اثمانها لم يعد الا ان الاصح في اتحاد المرجع وان زادت اجزاء واحدة ان تقع واحدة لانه اضاف الاجزاء الى واحدة نص عليه في المبسوط والاول هو المختار عند جماعة من المشائخ ولو قال لاربع لتسوة له بنكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا اذا قال بنكن تطليقتان او ثلث او اربع الا اذا نوى ان كل تطليقة بنين جميعا فيقع في التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفي الثلاث ثلاث ولو قال بنكن خمس تطليقات لانه طلقت كل تطليقتين وكذا ما زاد الى ثمان فان زاد الثمان فقال تسع طلقت كل ثلثا ولا يخفى الوجه وكذا لو قال اشركتكن في ثلث تطليقات فاقسط بين ولفظ الاشراك سواء بخلاف ما لو طلق امراتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة اشركتك فيها او قعت عليهما يقع عليهما تطليقتان لانه شركها في كل تطليقة وفي آخر باب الطلاق من المبسوط لو قال فلانة طالق ثلثا ثم قال اشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الاخرى ثلث بخلاف ما تقدم لان هناك لم يسبق وقوع شئ فيقتسم الثلث بينهن نصفين قسمة واحدة وهنا قد اوقع الثلث على الاولى فلا يمكنه ان يرفع شيئا مما اوقع عليها باشراك الثانية وانما يمكنه ان يسوي الثانية بها بايقاع الثلث عليها ولانه لما وقع الثلث على الاولى فكلامه في حق الثانية اشتراك في كل واحدة من الثلث فكانه قال بنكما ثلث تطليقات وهو يوجب ان كل تطليقة بينهما وقد ورد استثناء فيمن قال لزوجته انت طالق ثلثا وقال لاخرى اشركتك فيما اوقعت عليها والثالثة اشركتك فيما اوقعت عليهما فبعد ان كتبنا تطلق الثلث ثلاثا قلنا ان رجوعه على الثالثة باعتبار انه اشركها في ست وفي المبسوط ايضا لو قال لامراتين انتما طالقان ثلثا نوى ان الثلث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فيصح فتطلق كل منهما ثنتين لانه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلثا وكذا لو قال لاربع انتن طوالق ثلثا نوى الثلث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلثا **قوله** انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان وهذا التفصيل عند ابي حنيفة رح وقالا في الاولى هي قوله من واحدة الى ثنتين وما بين واحدة الى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة الى ثلث وما بين واحدة الى ثلث يقع ثلاث وقال زفر في الاولى لا يقع شئ وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين اولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول الى في الصورتين فالاولى لما كان مدخول الى ثنتين والثانية ما كان مدخولها ثلثا ثم قال المصنف في قول زفر رح وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال ابعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط واعلم ان زفر رح لا يدخل الحدين لا الاول ولا الثاني والعرف ان يراد بالغاية المتاخرة فقط مدخولة الى فحتى لانها المنتهى فوجه ما ذكر باستعمال الغاية في احد الحدين لا طرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو البيع مثلا ولا يدخل الحد ان فيه فكذا في الطلاق وقد صرح بتسمية الاولى غاية في وجه ابي حنيفة رح حيث قال ثم الغاية الاولى والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الاصولي لان زفر رح انما هي جوابه على قضية اللفظ كما يفيده جواب المنقول للاصمعي حين سأله عند باب الرشيد عن قول الرجل انت طالق ما بين واحدة الى ثلث فقال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لانتهاء الحدين وكذلك من واحدة الى ثلث لان الغاية لا تدخل تحت المغيا فالزمه في قول الرجل كم سنك فقال من ستين الى سبعين ان يكون عمره تسع سنين فيكون ايراد مسئلة البيع ذكر محل باعمال اللفظ كالدليل السمعي بذكر محل اعماله بين انه غير متروك الظاهر للقياس عليها والحاصل ان ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا اصل القياس فيكون جزء الدليل ثم قد نسب الى ابي حنيفة رح والمنسب الى الاصمعي غيره انه قال له

فيحمل عليها ما رواه الحسن ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي درهما الى مائة ولا يعني
او الا واحدا بل كل من الاقل والاكثر فالاقل ما لا كثرة فيه والاكثر ما فيه كثرة فالقول بقولهن ستي من ستين الى سبعين ومابين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه
وارادة الحسن فيما نحن فيه طريق له باحد ما ذكرنا والاصل في الطلاق هو الحظر انما الغاية الاولى لابد ان تكون موجودة لترتب
عليها الغاية الثانية ووجودها بوقوعها بالبيت كان الغاية فيه موجودة قبل البين ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه
محمل كلامه لكن هذا خلاف الظاهر ولو انت طالق واحدة في ثنتين يقع في الغير مدخولة واحدة لم تكن له بينة فهي واحدة ولو قال انت طالق ثنتان
في ثنتين يقع ثنتان

في الالزام كم سنك فقال زفر ما بين ستين الى سبعين فقال ابو حنيفة رح سنك اقل من تسع سنين وهذا بعيد ان يجيب فيما بين واحدة الى ثلث
ونحو هذا ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ ما بين دون ان يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور رد والالزام رح الا وقد اعتاد جوابا فلم يكن
بحيث ينقطع على انه روي انه قال عند الزام الاصمعي استحسن في مثل هذا والذي يتبادر في وجه استحسانه ان في قول الرجل سني ما بين الستين
الى سبعين عرفا في ارادة الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا عرف في الطلاق اذ لم يتعارف التعليق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره وقد قيل سن
طرفة غير هذا وهو ان بين العددين المذكورين اكثر من ستين فكيف تكون تسعة وهذا بناء على ان ما بين ستين وسبعين احد وستون واثنان وستون الى تسع وستين لا واحد
الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا يخفى ان المراد ان ذلك انما هو اذا كان بين الحدين تخلل لانه لا تحقق في نحو من درهم الى درهم بين ارادة
مجموع الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ففي نحو طالق من واحدة الى ثنتين انتفى ذلك العرف منه عنده فوجب اعمال طالق فيقع واحدة ولا يصح
بانه لا يتأتى في من واحدة الى ثنتين لانه لم يذكر الا ما يصدق عليه ولم يدع انه جار في غيره لتعين ضرب انه لم يصدق مع عدم تخلل مع انه مسموع
لنفي قوله ما يجب الاكثر والحاصل ان قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة الى قوله زفر الا انهما اطلقا فيه وابو حنيفة رح يقول انما
وقع كذلك فيما مر جعيا باجة كالمثل المذكور اما ما اصله الحظر حتى لا يباح الا لدفع الحاجة فلا وطلاق منه فكان قرينة على عدم ارادة الكل غير ان
الغاية الاولى لابد من وجود ما يترتب عليها الطلقة الثانية في صورة ايقاعها وهي صورة من واحدة الى ثلث اذ الثانية بالاولى ووجود الطلاق
عين وقوعه بخلاف الغاية الثانية وهي ثلث في مدة فانه يرتفع وقوع الثانية بالثالثة اما صورة من واحدة الى ثنتين فلا حاجة الى ادخالها
لانها انما ادخلت ضرورة ايقاع الثانية بالثالثة وهو منتف بايقاع الواحدة ليس باعتبار ادخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يدخلان تقع بطالق هذا كما
صح في قوله من واحدة الى واحدة انه يقع واحدة عند زفر خلافا لما قيل لا يقع عنده شيء لعدم التخلل ووجهه بانه يلغو قوله من واحدة الى واحدة لانتهاء كون الواحد
بدءا للغاية ومنتهى يقع بطالق واحدة كذا ههنا يجب ان يلغو من واحدة الى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة واورد انه اذا قيل طالق ثنتين لا يقع الا واحدة اجيب بان الثانية
لغو فيقع بانت طالق واحدة بخلاف قوله ما بين واحدة الى ثلث هذا يستدعي وجود الامرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثالث الجواب ان ذلك في المحسوسات اما ما نحن فيه
من الامور المعنوية فانما يقتضي الاول واحتمال وجود الثاني عرفا ففي من الستين الى السبعين يصدق انه لم يبلغ السبعين بل منتظره
ولم يعد مخطئا في التكلم به لافادة ذلك القدر بقي ان يقال ان هذا انتقض عليهما لا ينتقض على زفر لما تقدم انه يقال من طرفه لا عرف في
الطلاق فلا يلزم ادخال الغاية الاولى لان ما بين انما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل هي من حيث هي ما بين الواحدة والثلث
فلا احتياج الى ادخالها ضرورة ايقاع الثانية في من واحدة الى ثلث ولما ثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق وجب اعتباره وهي الا يوجب الادخول ما بين الحدين ولا مخلص الا باد عاء ان العرف انما وان مثاله يراد به ذلك في اي مادة وقع وقد لا يسلمه زفر رح قوله بخلاف جواب عن
قياس فرعي مسئلة من هذا الخاط الى هذا الخاط بالفرق بان التطليقة الثانية واقعة بالوجود لها الا بوقوع الاولى فوقعت ضرورة بخلاف الغاية

فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف العطف والظرف يجمع المفرد ولو كانت غير مدخول بها بقوله واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى بالواحدة يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول

في البيع لم تقع ضرورة الى ادخالها في المبيع فبقيت اثنتان خارجتين وانت علمت ان الاستدلال على الاقوال الثلثة ليس الا بقضية الاذن او مسئلة البيع باعتبار ان اللفظ لم يترك ظاهره فتحقيق الفرق على قول الجنفية رح ان العرف فيه ارادة الاكثر من الاقل الى آخره فاقتضى في من واحدة الى ثلث وقوع ثنتين لانها الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فلزم وقوع الاولى بخلاف بعت من هذا الى هذا الى آخره لان التعارف انما وقع في الاعداد نحو من مائتين الى سبعين وما بين مائتين الى سبعين ونحوه فبقي اللفظ في غيرها على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان وبه اندفع سؤال ان ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعان كقولها فان العرف اعني ان قضيته عدم وقوع الثانية **فرعان** لو قال من واحدة الى عشرة تقع ثنتان عند الجنفية رح وقيل تقع ثلث لان اللفظ معتبر في الطلاق حتى لو قالت طلقني ستا بالف فطلقها اثنتا وقعت الثلاث بخمسمائة ولو قال ما بين واحدة وثلث وقعت واحدة نقل عن ابي يوسف رح بخلاف ما اذا كان غاية وكذا يجب عند الكل الا ان كان فيه العرف الكائن في الغاية **قوله** ولو نوى واحدة اي في من واحدة الى ثلث اذا كان فيه عرف الغاية **قوله** لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه **قوله** ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب عما يعرف الحساب فهي واحدة تنبيها اذا لم يكن له نية اما لو ان تقع واحدة وقال زفر رح والحسن بن زياد تقع ثنتان وهو قول مالك رح والشافعي رح وجه اذا لم يعرف الحساب لانه قصد موجبه عند الحساب فلو كان مما يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجها واحدا وبه قال احمد رح وعندنا يقع واحدة بكل حال وجه قول زفر رح ان عرفهم فيه تضعيف احد العددين بعد والآخر قوله واحدة في ثنتين كقوله واحدة مرتين او ثنتين في مرة وثنتين في ثنتين مرتين فكأنه قال طالق اربعا فيقع الثلث فالالزام انه لو كان كذلك لم يبق فقيرا في الدنيا لانه لا معنى له اصلا ان ضرب درهما مثلا في مائة الف ان كان على معنى الاخبار كقوله عندي درهم في مائة فهو كذب وان كان على الانشاء بجعلته في مائة لا يمكن لانه لا تحصيل بقول ذلك مائة فليس في ذلك الكلام شيء **قوله** اشرة في كثير الاجزاء لانه في زيادة المضروب لا في زيادة العدد والطلاق التي جعل لها اجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة ولا يخفى ان هذا لا معنى له بعد قولنا ان عرف الحساب في التركيب اللفظي كون احد العددين مضافا بعد الآخر فان العرف لا يمنع والفرض انه لكل بعرفهم واراده فصار كما لو اوقع بلغة اخرى فارسية او غيرها وهو يدريها **قوله** فان نوى واحدة وثنتين اتحد واحدة في ثنتين وهي مدخول بها وقعت ثلثا لانه يحتمله فان حرف الواو والظرف يجمع المفروف فصح ان يراد به معنى الواو ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة كما لو قال لها انت طالق واحدة وثنتين وان نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولا بها كانت او غير مدخول بها كما لو قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين واراد معنى لفظة مع بها ثابت كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي وفي الكشاف ان المراد في جملة عبادي وقيل في اجساد عبادي ويؤيده قراءة في عبدي فهي على حقيقتها على ان ولا يخفى ان تأويلها مع عبادي غير موجود وادخلي جنتي فان دخولها معهم ليس الا في الجنة فالاوجه ان يستشهد على ذلك بخوفه تعالى ويتجاوز عن سياقهم في اصحاب الجنة وعن الاحتمال المذكور لو وقع مثله في الاقرار بان قال له علي عشرة في عشرة واراد بالضرب الجمع اي مجموع الحاصل على الاصطلاح يحكمه القاضي انه ما اراد الجميع اما لو اراد معنى الظرف لغا ولم يقع الا المذكور اولا فتقع في واحدة وثنتين في ثنتين ثنتان لما قلنا ان الطلاق لا يصلح حقيقة الظرف فيلغو الثاني **قوله** ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة رجعية وقال زفر بائنة لانه وصف الطلاق بالطول اورد عليه انه لو قال طالق طلقة طويلة او عريضة كانت رجعية عند زفر فكيف يعلل البينونة هنا بالطول اجيب باحتمال كونه يفرق بان وصفه بالطول ضرر بها

قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في كل مكان كما لو قال انت طالق بملة او في ملة فهي طالق في الحال في كل البلاد ولذا لو قال انت طالق في الدار لا ان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان وان عنى به اذا انت بملة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت ملة لم تطلق حتى تدخل لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقارنة بين الشرط والظرف فيحمل عليه عند تعذر الظرفية **فصل** في اضافة الطلاق الى الزمان

فيقع به الرجعي وكناية فيقع به البائن لان الاثبات بطريق الكناية ابلغ منه بالصريح كما في كثير الرماد لانه ابلغ من جواد لانه اثبات الجود له بينة اعني كثرة الرماد وانه تعليل على مذهبنا الزاما كما انه قال لما قال من هنا الى الشام فقد وصفه بالطول ولو وصفه بالطول صريحا بان قال طلقة طويلة تقع بائنة عندكم فكذا الكناية بل اولى لما قلنا وقد فصل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية في صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب اذا دفعه الى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكوة يسع ان الزكوة لا تسقط عنده اذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك الا ان عنه في المسئلة روايتين كما جوزه في الكافي لان بعض المشائخ قال في دليله لانه وصفه بالطول ولو قال انت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا ولان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز ان لا تحصل البينونة عنده باحدهما وتحصل بالوصف بهما لانه يفيد العظم فكانه قال كالجبل لكن يقتضي هذا ان لا يقتصر على قوله لانه وصفه بالطول بل يقول بالطول والعرض **قوله** قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع في كل البلدان وفي السموات ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو الرجعي وطوله بالبائن ولانه لم يصفها بالعظم ولا كر بل مدها الى مكان هو لا يحتمل فكان اصلا فاشبهت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة وقال التمرتاشي انه اذا مد المرأة لا الطلاق ووجهه انه حال ولا يصلح صاحب الحال في التركيب الا الضمير في طالق **قوله** ولو قال انت طالق بمكة او في مكة طلقت في الحال وكذا في الدار وان لم يكن في مكة ولا الدار وكذا في الظل والشمس والثوب كالمكان ولو قال طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة وان قال عنيت اذا لبست واذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لانه في القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه كما اذا قصد بقوله بمكة او في مكة اذا دخلت مكة فانه يتعلق بالدخول لانه لا قضاء **قوله** لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان المعنى ان الطلاق لا يتصور ان يتعلق بمكان بعينه دون غيره لان الطلاق والمعنى به رفع القيد الشرعي معدوم في الحال وقد جعل الشارع لمن له التخلص لفظ وضعه تعالى سببا لذلك ان يعلق وجوده بوجود امر معلوم حتى اذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى هو رفع القيد وضعا شرعيا لا لزوما عقليا والزمان والافعال هم اصنافان لذلك لان كلا منهما معدوم في الحال ثم يوجد او قد يوجد فتعينا لتعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما بخلاف المكان الذي هو عين ثابتة فانه لا يتصور الا ناطقة به ولو ناطقة به قبل وجوده فالناطق انما هو وجوده او فعل الفاعل له فكان الصاقا للتعليق وجود المعنى به الزمان والافعال ثم الزمان في الاضافة والتعليق يكون مستقبلا اما الحال فانما يكون مع التنجيز ووقوع المعلق لا للتعليق وانما اصنافوا الى الماضي خال عنه فليس في وسعه فيلغو ويصير انت طالق فيقع به في الحال وانما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل بوقوع فعل معدوم فناسب ان يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لان الفعل لا يمكن ان يوجد بمجرد وجود ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له وانما يصح ذلك في اثره الشرع لان حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده وهذا ممكن اعتباره شرعا فجعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق والله سبحانه وتعالى اعلم **قوله** ولو قال في دخولك الدار او مكة تعلق بالفعل اي بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لاداة الشرط لمقارنة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه اعني الظرف وكذا اذا قال في ليلك او في ذهابك وقد بينا وجه صلاحية الفعل لذلك ولا فرق بين كون المقوم بها فعلا اختياريا او غيره حتى لو قال في مرضك او وجعك او صلاتك لم تطلق حتى تمرض او تصلي

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان ذكر في باب ايقاع الطلاق فصولا متعددة باعتبار تنوع الايقاع اي ما به الايقاع على ما قدمنا الى مضاف وموصوف

ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله وكان مخالفا الظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم فانه يوخذ باول الوقتين الذي تقوه به فيقع في الاول وفي اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا او التنجيز لا يحتمل الاضافة ولو قال غدا كان اضافة والمضاف لا ينجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين

ومشيته وغيره معلق بدخول بها وغير مدخول بها وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى بابا كما ان الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فانه صنف عال والعلم مطلقا بمعنى الادراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع والعلوم المدونة تكون نظرية كالفقه وقطعية كالكلام والحساب والهندسة فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجد ما يترتب على العلم باحوال شتى او اشياء من جهة خاصة وضعه ليبحث عن احواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلي فصار صنفا وقيل لواضع صنف العلم اي جعله صنفا فالواضع للعلم الاول باسم الصنف من المولفين وان صح ايضا فيهم وعلم بما ذكرنا انها متباينة متندرجة تحت صنف على التباين العوارض المعتد بكل منها النوع وان ما ذكر من نحو كتاب الحوالة الاليق به خلاف تسمية بكتاب **قوله** ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد لان جميعه هو المسمى بالغد ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى سبحانه لا في القضاء لانه خلاف الظاهر وقوله لانه نوى التخصيص في العموم تنزيل للاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ غد انكرة في الاثبات فتخص فليس من صيغ العموم **قوله** ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم تقع في اول الوقتين تقوه به اما الاول فلانه نجزه فلا يرجع متاخرا الى وقت في المستقبل واورد عليه انه للم يعتبر لاضافة اخرى لا اضافة عين ما نجز والجواب ان اعتبار كلامه ايقاعا للحاجة وهي مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة اخرى تجب لمراعاتها ووقوع اخرى فانها اذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك حتى لو كانت بالعطف بان قال انت طالق اليوم وغدا او اول النهار وآخره لا تقع الا واحدة لانها طالق في الغد وآخر النهار لبطلانها في اليوم واول النهار وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله انت طالق اليوم اذا جاء غد فانها لا تطلق الا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال غير الاول بالاخر فلم يتوقف باتصال الاضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما غير للتنجيز فظهر انه مضاف لانه طلاق آخر وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بان ذكر الشرط يبين انه قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا البيان وقت الوقوع وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وهو ظاهر وكذا يسقط الجواب بان طالق اليوم ايقاع في الحال واذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار احدهما للتنافي واعتبار المعلق اولى لان في اعتباره الغاء كلمة واحدة وهي لفظة اليوم في اعتبار المنجز الغاء كلمات وهي قوله اذا جاء غد لانه لم يقع الفرق في الجوابين بانه توقف فلم يكن تنجيزا مع اتصال الغير الشرطي ولم يتوقف وكان تنجيزا مع اتصال الغير الاضافي فان قيل لم لم يجعل الثاني ناسخا اجيب بان النسخ فرع ثبوت الاول وتقرره وتقرر الطلاق الاول بثبوته ووقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك تاخيره واما الثاني وهو قوله طالق غدا اليوم فلانه وقع مستقبلا مضافا وبعد ما صح مضافا الى غد لا يكون بنيته منجزا بل لو اعتبر كان تعليقة اخرى وانما وصفها بتعليقة واحدة لانها لزمت اضافتها الى الغد فلزم الغاء اللفظ الثاني ضرورة ولا يمكن جعله ناسخا للاول لان النسخ انما يكون بكلام مبتدا في نفسه متراخ وهو متصف بهذا فان قلت فما وجه المسالة اذا وسطت الواو فالجواب انه اذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق اول النهار وآخره اليوم وغدا او في ليلك ونهارك وهو في الليل او قلبه وهو في النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة الى الاخرى لانها بطلاقها في اول الوقتين تكون طالقا في آخرهما ولو نوى ان يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صح ووقعت ثنتان وكذا طالق اليوم وغدا وبعد غد يقع واحدة بلا نية فان نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة ايام وقعن كذلك وان قدم المتاخر كطالق غدا واليوم او في نهارك وليلك وهو في الليل او قلبه وهو في النهار فعن زفر رحمه الله كذلك يقع واحدة وعندنا يقع ثنتان لان الاول وقع مضافا صحيحا والواو في عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقديرها في الاولى بعد ما ضار الحاصل انت طالق

ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار ديّن في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بينا ولهذا لو قرن به ايقع في اول جزء منه بعد عدم النية وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة رحمه الله نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين اخص اولى لاعتبار من الضرورة بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظير ما اذا قال والله لا صمت من عمري ونظير الاول والله لا صمت في عمري على هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لان اسناده الى حالة معهودة منافية للملكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولكن يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح اي عن كونها مطلقة تطليقا غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية وهو يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء واذا انشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة

غدا او انت طالق اليوم وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر فيه فالوقال انت طالق كل يوم فغدا زفر يقع ثلث في ثلث ايام لانه موقع في كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقا في كل يوم يحصل بايقاعه في هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ولا يخفى ان نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه في طالق غدا واليوم تقع واحدة مشكل لان كل يوم اما ان يتعين اليوم وغدا وبعد غدا الى اخر الزمان فتقع واحدة او قبله غدا وما بعده واليوم فكذلك وكذا لو قال انت طالق ابدا لم تطلق الا واحدة فلو نوى ان تطلق كل يوم تطليقة اخرى صحت نيته وفي هذه المسئلة ما قدمنا من البحث اول كتاب الطلاق في مسئلة انت طالق للسنة وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه وان صحة نية الثلث اما باعتبار اضمار التطليق كانه قال طالق كل يوم تطليقة او باضمار في كانه قال في كل يوم ولو قال في كل يوم طلقت نفسي ثلثا في كل يوم واحدة وهو ما قاس عليه زفر رده وفرقوا بان في للظرف والزمان انما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم ظرفا لوقوع عدد الواقع بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع **قوله** ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق في القضاء خاصة ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لها انه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لا يصدق في نيته آخره ولهذا اي ولانه ما وصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في اول جزء منه اتفاقا عند عدم النية وهذا وهو كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد وضرورة بمنزلة غدا الا ان حذف لفظة في مع ارادتها واثباتها سواء فاذا كان في حذفه يفيد عموم الزمان ففي اثباته كذلك ولابي حنيفة رحمه الله ان ذكر لفظة في يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها اعم من كونه متصلا بجزء آخر او كله او لا وانما يعرف خصوص احدهما من خارج كما في صمت في يوم يعرف الشمول وكلمت في يوم يعرف حدوثه لا مدلولا اللفظ فاذا نوى جزءا من الزمان خاصا فقد نوى حقيقة كلامه لان ذلك الجزء من افراد المتواطئ بخلاف ما اذا لم يذكر ووصل الفعل اليه بنفسه فان المفاد به عمومه للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب في سرت فرسخا وبعدمه في سرت في فرسخ وصمت عمري في عمري فنية جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء **قوله** ولو قال انت طالق امس او في الشهر الذي خرج وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء باجماع الفقهاء لانه اسند الطلاق الى حالة معهودة منافية لما لكية الطلاق فكان حاصله انكار الاطلاق فيلغو فكان كقوله انت طالق قبل ان اخلق ولانه متى تعذر تصحيحه انشاء امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح اي طالق امس عن قيد النكاح اذ لم تنكحي بعد او عن طلاق زوج كان لها ان كان بخلاف ما لو قال للمنتهية انت طالق انت طالق حيث يقع ثنتان لان الظاهر في التركيب لفظ الايقاع والانشاء فلا يعدل عنه الا لتعذره والصارف عنه الى محتمله وهو عدم صحة الانشاء منتف لبقاء المحلية بعد البطلقة الاولى اما بعود القيد بعد زواله كتقبيل طائفة من المشائخ او لبقاء متوقفا الى انقضاء العدة كقول المحققين ويشهد لهم انه اذا قال كل امرأة لي طالق يقع على المطلقة الرجعية اخرى لا يقال فلك لقيام العدة بعود القيد لانه لا يقع على البائنة مع قيام عدتها بخلاف ما لو قال لامرأتيه احداكما طالق احداكما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الاخبار ثانيا او التاكيد الا ان يقصد التجديد لان لا يقع على المنكر ليس غالبا ولا الداعي الى تكثير الطلقات من اللجاج والغضب بحيث لا يقع الزوج بواحدة موجودا فيه لان تحقق ذلك في المنتهية لا في المنكرة ولو كان تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا لكذبه وعدم قدرته على الاسناد فكان انشاء في الحال فيقع الساعة وعلى هذه النكتة حكم بعض المتاخرين من مشائخنا في مسئلة الدور المنقولة عن متاخري الشافعية وهي ان طلقتك فانت طالق قبله ثلثا وحكم اكثرهم انها لا تطلق فتصير طلاقها لانه لو تنجز رفع المعلق قبله ثلثا وقوع الثلث سابقا على التنجيز فيمنع المنجز بعد وقوع المنجز والمعلق لان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فنقول ايضا ان هذا التغيير يحكم اللغة لان الاجزية تتنزل بعد الشرط او معه لا قبله ويحكم العقل ايضا لان مدخول اداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه

ولو قال لغير مطلق قبل ان تزوجك لم تقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا علق ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك وقع لانه اخبار وليصح اخبارا على ما ذكرنا ولو قال انت طالق الا ان يبدو لي او متى ما بدا لي او متى ما شئت او متى ما احببت او ان شئت او ان احببت او ان بدا لك او ان رأيت او ان رأيت او ان رأيت

وكيفية قوله ان يستعمل في الشرط ايضا اذا اذا لم يرد شيء واستعمل ما عنا لا يمكن بالنفي + واذا تمحضت خصاصة فتجعل بمعنى ان اريد به الشرط لم تطلق والا ان اريد به الوقت تطلق خلافا لطلاق الشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج اكثر من يدها على اعتبار انه للشرط يخرج والامر موصا في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وتفه الخلاف فيما اذا لم تكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال او نوى الشرط يقع في آخر العمر كذا في اللفظ بحجمهم

لان كلمة اذا للوقت كلمة متى قال الله تعالى والشمس كورت وقال قائلهم وهو ابن احمر وجرى بن جشم ... ستة واذا تكون كريهة ادعى لها + واذا يحاس الحيس يدعى جندب + يعني اخاه الصغير وما قيل انه لنشرة الحسنى فخطأ عند اهل المعرفة بالشان لانتفائه من ديوانه ولم يعرف لشرار اخيه جندب اصلا وانما الخ من امة اسمه شبوب ثم لم تكن امة بحيث تواكل اياه شداداً حيثا لانها البعد من ذلك عند من اطلع على قصته وقيل البيت المذكور هل في القضية اذا استقيم واستتم فاني البعيد الاجنب + واذا الشداد بالشداد من امر الاستحكام فانا الحب الاوجب + واذا تكون كريهة ادعى لها + واذا يحاس الحيس يدعى جندب + هذا ومجد كم الصغار بعينه + لا ام لي ان كان ذاك ولا اب + عجب لتلك قضيته واقاسمي + فيكم على تلك القضية اعجب + هو اعترض بعض المحشين بان كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثاني ادعى ويدعى وايضا تنظيره لها بمتى غير صحيح لانها لا تتحض للوقت ابدا وهما بينان على ان قوله للوقت يعني المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبها عليه بل المنقول لها انه لا يستقيم عنها معنى الوقت في المجاوبات فاورد الشاهدين لها للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لها حاجة ان بينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتها في اثبات الاجتماع ليكون دفعا ظاهر القول الكوفيين قوله ولابي حنيفة رحمه انها تستعمل للشرط ايضا يعني الشرط المجرد من معنى الظرفية والا لا يفيد وبهذا ذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله واذا تنبك خصاصة فتجعل حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف والظرف اما على حد سواء او اما على انها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ولذا صدقه القاضي في دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يفرق الفرق لها بين هذه ومسئلة الحلف على ان لا يشرب من دجلة حيث صرفا ابى الشرب بالاتية وكرعا لان المجاز هناك غالب واحتاج ابو حنيفة رحمه الى الفرق لانه جزم هناك لانها بالمعنى الحقيقي لا هنا وفرق ان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لان حكمه اعم من ذلك ومن الشرب اعترافا وكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك اي للتيقن بحكمها بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضي الوقوع في الحال وهو مناف لحكم المجاز وانت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كمتى فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع واما كونها مجازا في جزء معناها فلم يسمع يقينا وبتقدير احداثه بناء على عدم اشتراط النقل في احاد المجاز فكونه كثير استعماله حتى تساوى الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى انه يجب على قولهما اذا اراد معنى الشرط ان لا يصدقه القاضي بل يصح ديانة لان الوجه عندهما ظهورها في الظرف مرادة خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له + قاله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصي حميد ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح اولها + اجمل ان اباك كارب قومه + فاذا دعيت الى المكارم فاعجل + واوصيك ايضا يا امرأ الك + ناصح ظن بريد الدجر غير معقل + لهد فاتقه واوف بنذره + واذا حلفت مجاريا فتحلل + والضيف اكرمه فان مبيته حق + والاك لبته للنزل + واعلم بان الضيف مجراه له + بمبيت ليلته وان لم يسئل + ودع القوارض للصديق وغيره + كيلا يرد ك من اليمام الغزل + واصل المواصل ما صفا لك ودده + واحذر جبال الخائن المتبذل + واترك محل السوء لا تحلل به + واذا نبا بك منزل فتحول + دار الهوان لمن اقام داره + افراحل عنها كمن لم يراحل + واسان حلمك في امورك كلها + واذا عزمت على الهوى فتوكل + واستغن باعتمالك ربك بالغنى + واذا تنبك خصاصة فتجمل + واذا هممت بامر شر فاسده + واذا هممت بامر خير فاعجل + واذا اتيتك من عدو فاقرض + لذاك ولا تقل لم افعل + واذا افتقرت فلا تكن متخشعا + وترجل القوافل عند غير المفضل + واذا تشاجب فوادك كل مرة + امران فاعمد للاعف الاجمل + واذا لقيت القوم فاضرب فيهم + حتى يرد ك طلاك اجوب مهمه + واذا لقيت الباهشين الى الندى + غير الكفيم بقاء محل + فاعنهم واليسر ما يسروا به + واذا هم نزلوا بضنك فانزل +

واذا ان كلمة اذا للوقت كلمة متى قال الله تعالى والشمس كورت وقال قائلهم وهو ابن احمر وجرى بن جشم ... ستة واذا تكون كريهة ادعى لها + واذا يحاس الحيس يدعى جندب + يعني اخاه الصغير وما قيل انه لنشرة الحسنى فخطأ عند اهل المعرفة بالشان لانتفائه من ديوانه ولم يعرف لشرار اخيه جندب اصلا وانما الخ من امة اسمه شبوب ثم لم تكن امة بحيث تواكل اياه شداداً حيثا لانها البعد من ذلك عند من اطلع على قصته وقيل البيت المذكور هل في القضية اذا استقيم واستتم فاني البعيد الاجنب + واذا الشداد بالشداد من امر الاستحكام فانا الحب الاوجب + واذا تكون كريهة ادعى لها + واذا يحاس الحيس يدعى جندب + هذا ومجد كم الصغار بعينه + لا ام لي ان كان ذاك ولا اب + عجب لتلك قضيته واقاسمي + فيكم على تلك القضية اعجب + هو اعترض بعض المحشين بان كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثاني ادعى ويدعى وايضا تنظيره لها بمتى غير صحيح لانها لا تتحض للوقت ابدا وهما بينان على ان قوله للوقت يعني المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبها عليه بل المنقول لها انه لا يستقيم عنها معنى الوقت في المجاوبات فاورد الشاهدين لها للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لها حاجة ان بينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتها في اثبات الاجتماع ليكون دفعا ظاهر القول الكوفيين قوله ولابي حنيفة رحمه انها تستعمل للشرط ايضا يعني الشرط المجرد من معنى الظرفية والا لا يفيد وبهذا ذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله واذا تنبك خصاصة فتجعل حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف والظرف اما على حد سواء او اما على انها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ولذا صدقه القاضي في دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يفرق الفرق لها بين هذه ومسئلة الحلف على ان لا يشرب من دجلة حيث صرفا ابى الشرب بالاتية وكرعا لان المجاز هناك غالب واحتاج ابو حنيفة رحمه الى الفرق لانه جزم هناك لانها بالمعنى الحقيقي لا هنا وفرق ان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لان حكمه اعم من ذلك ومن الشرب اعترافا وكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك اي للتيقن بحكمها بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضي الوقوع في الحال وهو مناف لحكم المجاز وانت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كمتى فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع واما كونها مجازا في جزء معناها فلم يسمع يقينا وبتقدير احداثه بناء على عدم اشتراط النقل في احاد المجاز فكونه كثير استعماله حتى تساوى الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى انه يجب على قولهما اذا اراد معنى الشرط ان لا يصدقه القاضي بل يصح ديانة لان الوجه عندهما ظهورها في الظرف مرادة خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له + قاله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصي حميد ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح اولها + اجمل ان اباك كارب قومه + فاذا دعيت الى المكارم فاعجل + واوصيك ايضا يا امرأ الك + ناصح ظن بريد الدجر غير معقل + لهد فاتقه واوف بنذره + واذا حلفت مجاريا فتحلل + والضيف اكرمه فان مبيته حق + والاك لبته للنزل + واعلم بان الضيف مجراه له + بمبيت ليلته وان لم يسئل + ودع القوارض للصديق وغيره + كيلا يرد ك من اليمام الغزل + واصل المواصل ما صفا لك ودده + واحذر جبال الخائن المتبذل + واترك محل السوء لا تحلل به + واذا نبا بك منزل فتحول + دار الهوان لمن اقام داره + افراحل عنها كمن لم يراحل + واسان حلمك في امورك كلها + واذا عزمت على الهوى فتوكل + واستغن باعتمالك ربك بالغنى + واذا تنبك خصاصة فتجمل + واذا هممت بامر شر فاسده + واذا هممت بامر خير فاعجل + واذا اتيتك من عدو فاقرض + لذاك ولا تقل لم افعل + واذا افتقرت فلا تكن متخشعا + وترجل القوافل عند غير المفضل + واذا تشاجب فوادك كل مرة + امران فاعمد للاعف الاجمل + واذا لقيت القوم فاضرب فيهم + حتى يرد ك طلاك اجوب مهمه + واذا لقيت الباهشين الى الندى + غير الكفيم بقاء محل + فاعنهم واليسر ما يسروا به + واذا هم نزلوا بضنك فانزل +

واذا ان كلمة اذا للوقت كلمة متى قال الله تعالى والشمس كورت وقال قائلهم وهو ابن احمر وجرى بن جشم ... ستة واذا تكون كريهة ادعى لها + واذا يحاس الحيس يدعى جندب + يعني اخاه الصغير وما قيل انه لنشرة الحسنى فخطأ عند اهل المعرفة بالشان لانتفائه من ديوانه ولم يعرف لشرار اخيه جندب اصلا وانما الخ من امة اسمه شبوب ثم لم تكن امة بحيث تواكل اياه شداداً حيثا لانها البعد من ذلك عند من اطلع على قصته وقيل البيت المذكور هل في القضية اذا استقيم واستتم فاني البعيد الاجنب + واذا الشداد بالشداد من امر الاستحكام فانا الحب الاوجب + واذا تكون كريهة ادعى لها + واذا يحاس الحيس يدعى جندب + هذا ومجد كم الصغار بعينه + لا ام لي ان كان ذاك ولا اب + عجب لتلك قضيته واقاسمي + فيكم على تلك القضية اعجب + هو اعترض بعض المحشين بان كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثاني ادعى ويدعى وايضا تنظيره لها بمتى غير صحيح لانها لا تتحض للوقت ابدا وهما بينان على ان قوله للوقت يعني المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبها عليه بل المنقول لها انه لا يستقيم عنها معنى الوقت في المجاوبات فاورد الشاهدين لها للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لها حاجة ان بينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتها في اثبات الاجتماع ليكون دفعا ظاهر القول الكوفيين قوله ولابي حنيفة رحمه انها تستعمل للشرط ايضا يعني الشرط المجرد من معنى الظرفية والا لا يفيد وبهذا ذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله واذا تنبك خصاصة فتجعل حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف والظرف اما على حد سواء او اما على انها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ولذا صدقه القاضي في دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يفرق الفرق لها بين هذه ومسئلة الحلف على ان لا يشرب من دجلة حيث صرفا ابى الشرب بالاتية وكرعا لان المجاز هناك غالب واحتاج ابو حنيفة رحمه الى الفرق لانه جزم هناك لانها بالمعنى الحقيقي لا هنا وفرق ان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لان حكمه اعم من ذلك ومن الشرب اعترافا وكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك اي للتيقن بحكمها بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضي الوقوع في الحال وهو مناف لحكم المجاز وانت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كمتى فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع واما كونها مجازا في جزء معناها فلم يسمع يقينا وبتقدير احداثه بناء على عدم اشتراط النقل في احاد المجاز فكونه كثير استعماله حتى تساوى الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى انه يجب على قولهما اذا اراد معنى الشرط ان لا يصدقه القاضي بل يصح ديانة لان الوجه عندهما ظهورها في الظرف مرادة خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له + قاله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصي حميد ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح اولها + اجمل ان اباك كارب قومه + فاذا دعيت الى المكارم فاعجل + واوصيك ايضا يا امرأ الك + ناصح ظن بريد الدجر غير معقل + لهد فاتقه واوف بنذره + واذا حلفت مجاريا فتحلل + والضيف اكرمه فان مبيته حق + والاك لبته للنزل + واعلم بان الضيف مجراه له + بمبيت ليلته وان لم يسئل + ودع القوارض للصديق وغيره + كيلا يرد ك من اليمام الغزل + واصل المواصل ما صفا لك ودده + واحذر جبال الخائن المتبذل + واترك محل السوء لا تحلل به + واذا نبا بك منزل فتحول + دار الهوان لمن اقام داره + افراحل عنها كمن لم يراحل + واسان حلمك في امورك كلها + واذا عزمت على الهوى فتوكل + واستغن باعتمالك ربك بالغنى + واذا تنبك خصاصة فتجمل + واذا هممت بامر شر فاسده + واذا هممت بامر خير فاعجل + واذا اتيتك من عدو فاقرض + لذاك ولا تقل لم افعل + واذا افتقرت فلا تكن متخشعا + وترجل القوافل عند غير المفضل + واذا تشاجب فوادك كل مرة + امران فاعمد للاعف الاجمل + واذا لقيت القوم فاضرب فيهم + حتى يرد ك طلاك اجوب مهمه + واذا لقيت الباهشين الى الندى + غير الكفيم بقاء محل + فاعنهم واليسر ما يسروا به + واذا هم نزلوا بضنك فانزل +

قوله بان ان اذا اللوقت الخ + واذا تنبك خصاصة + واذا تكون كريهة + واذا يحاس الحيس + واذا تكون كريهة + الام لي واذا كان ذاك ولا اب +

ولو قال انت طالق انت طالق فهي طالق بهذا التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله وجه زفر ان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو القصود ولا يمكن تحقق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته ولخوانه على ما بأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى

وقد استعمل الشاعر اذا فيما للشرط في ثلاثة عشر موضعا بالجزم ودخول فا الجزاء ومثل من عقلت الناقة بالعقال يريد عقلي تريب الدهر غير ممنوع وتجمل اي اظهر جميلا والتظهر جزعا وقيل كل الجميل اي المجهول وهو الشحم المذاب وابن هذا من الاول في تاديب وفي المنتقى لو قال اذا طلقتك فانت طالق واذا لم اطلقك فانت طالق فمات قبل ان يطلق وقع عليها طلقتان لانه لما مات قبل التطليق حنث في اليمين الثانية فيقع عليها طلاق وبهذا الطلاق يصير شرط اليمين الاولى لانه وقع بكلام واحد بعد اليمين الاولى فحنث في اليمين فيقع طلاقان ولو قلب فقال اذا لم اطلقك فانت طالق واذا طلقتك فانت طالق فمات قبل ان يطلق وقع عليها واحدة لانه لما مات قبل التطليق صار حانثا في اليمين الاولى فيقع الطلاق ولا يصير شرطا في الثانية لانه وقع بكلام واحد قبل اليمين الثانية فالشرط وقع في المستقبل لا الماضي ولم يذكر خلافا وانما هذا على قول بعيفة رحمه الله اما على قولهما فيقعان بعد زمان ليس في الاولى للوجه الاول بعينه وفي الثانية يقع واحدة كما سكت لانه حنث في قوله اذا لم اطلقك فانت طالق فكذا لو لم يسكت حتى مات لان زمان قوله اذا طلقتك فانت طالق زمان يوجد فيه تطليق فيقع قبل ان يفرغ منه وهذه ثلث مسائل من الجامع الكبير انت طالق اذا تزوجتك قبل ان اتزوجك وقبلانت طالق قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك ففي الصور تين الاوليين يقع عند التزوج اتفاقا وفي الثالثة كذلك عند ابي يوسف رحمه الله وعندهما لا يقع فالاصل ان الطلاق اذا اضيف الى وقتين احدهما يقبله والآخر لا صح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وان الآخر ينسخ الاول وقبل واذا اطرقان وقبل لا تقبل الطلاق واذا تقبله فاضيف اليهما وجه الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كانه قال عند التزوج انت طالق قبل ان اتزوجك فلا يقع اولان الآخر وهو الاضافة الى قبل نسخ الاول وقوله بخلاف مسألة المشيئة لانه على اعتبار انها للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انها للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك اعترض عليه بان وقوع الشك في الشرطية النظرية توجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال لانه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب ان تحرم تقديما للحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا واجيب بان هذا متروك في جميع صور التردد في الامر فانه لو شك في انتقاض طهارته جاز له ان على اعتبار الانتقاض تحرم الصلوة وعلى اعتبار عدمه تحل ومع هذا لا ترجح الحرمة وان كان مبنى الصلوة على الاحتياط لان الشك لا يوجب شيئا انما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة اما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم يعمل بدليل بل بالشك وبهذا يقع العمل بالدليل والله اعلم واعلم ان ما ذكره المصنف مشكل لانه سيذكر ان الخلاف فيما اذا لم تكن له نية وح فمقتضى الوجه في المشية ان على قولهما لا يخرج من يدها وعلى قوله يخرج وكذا اذا علم انه نوى ولم تدر نيته لعارض او غيره واما اذا عرفت بان استفسر فقال اردت الزمان فيجب ان يصدق على قولهما ولا يخرج الامر من يدها وكذا على قوله لانه مقر على نفسه وان قال اردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه واما في مسألة الطلاق اعني قوله انت طالق اذا لم اطلقك فان قال عنيت الزمان صدق عندهما وان قال عنيت الشرط لا يصدق عندهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وعلى قوله يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما محتملا تتابع ان في الثاني تشديدا على نفسه **قوله** ولو قال انت طالق ان لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذا التطليقة المنجزة فقط حتى لو كان قال انت طالق ثلثا ان لم اطلقك انت طالق وقعت واحدة وعند زفر ثلث معناه انه قال ذلك موصولا به فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا والقياس ان يقع المضاف ايضا فيقعان ان كانت مدخولا بها فان لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده وهو قول زفر رحمه الله وجه زفر ان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله

فتح القدير مع هداية ج ٢

ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا اقترن بفعل ممتد كالصوم والكلام والبيع لانه يراد به المعيار وهذا اليوم ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا اقترن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول لا السواد والنهار لا يتناول لا البياض خلصة وهو اللغة

انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف لان اليمين انما يعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير ممكن هنا الا ان يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان اصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته بر عندنا خلافا لزفر وه المراد بالاصل هنا النظير لا اصل القياس لان الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر **قوله** ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار وهو ظاهر ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا والافعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله امرك بيدك يوم يقدم فلان واختاري يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار فلو قدم فلان ليلا لا خيار لها او نهارا دخل الامر في يدها الى الغروب لانه لما استدكان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديرا وهو حقيقته في بياض النهار فيبقى معه الى ان تتعين خلافه كقولك احسن الظن بالسيد يوم تموت واركب يوم ياتي العدو ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصلح ضرب المدة له كالطلاق والتزوج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لان ضرب المدة له كالطلاق والتزوج من له لعوارض لا يحتمله والطلاق من هذا القبيل فيقع ليلا تزوجها او نهارا كذا في عامة النسخ وفي الاصل التزوج من هذا القبيل قيل كانه غلط والصحيح الطلاق من هذا القبيل وفي النهاية الصحيح التزوج من هذا القبيل قال كذا وجدته بخط شيخي ولانه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء به قال في الايمان لو قال يوم اكلم فلانا فامراته طالق فهو على الليل والنهار الى ان قال والكلام لا يمتد ولان الذكر الفعل انما يستقيم من غير تاويل في اتزوجك لا في انت طالق ولان ذكر القران في قوله اذا قرن يدل على ارادة التزوج لا الطلاق لان مقارنة اليوم اقوى لانه على وجه الاضافة والمضاف مع المضاف اليه كشئ واحد انتهى والاصوب الاعتبار الاول اعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لان المقصود بذكر الظرف فائدة وقوعه فيه بخلاف المضاف اليه فانه وان كان مظروفا ايضا لكن لم يقصد بذكر الظرف ذلك انما ذكر المضاف اليه ليتعين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب ولا شك ان اعتبار ما قصد الظرف له لاستلام المراد من الظرف الحقيقي او المجازي اولى من اعتبار ما لم يقصد له في استلام حاله الا ان بعض المشائخ تسامحوا فيما يختلف فيه الجواب اعني ما يكون به المعلق والمضاف اليه مما يمتد نحو امرك بيدك يوم يسير فلان او لا يمتد كانت حريوم يقدم وطالق يوم اتزوجك فيعملوا باشتراك المضاف اليه عدمه والمحققون لم يقعوا عن ذلك الابهام ومن الشارحين من حكى خلافا في الاعتبار وشبه كونه وبها ولذا انقل القائم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف اليه وهو ما يختلف المعلق والمضاف اليه بالامتداد وعدمه كانت حريوم يسير فلان شهرا فسح قال انت طالق الى شهر طلق اذا انقضى شهر واقعة اليوسف وه للحال او قبل قدوم زيد بشهر يقع اذا قدم زيد بشهر مقتصرا او قال زفر مستمرا او قبل موت زيد بشهر فمات تمام شهر مستندا اعتبارا بحقيقته رد وقالا مستمرا على الموت وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة فعندا بحقيقته رد يعتبر من اول الشهر ولو كان وطيها في الشهر تصير راجعا ان كان الطلاق رجعيا ولو كان ثلثا ووطيها في الشهر عزم العقر وعندهما تعتبر العدة من الحال لا يصير راجعا بذلك الوطي ولا يلزمه عقر وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا اعتبارا وكذا اذا طلقها بائنا او ثلثا او خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد تمام الشهر وهي في العدة لا تقع الثلث والبائن ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الطلاق بالاستناد وعندهما يقع الثلث والبائن ويصح الخلع ويصير مع الخلع ثلثا ولو مات زيد قبل تمام الشهر

الثلث

فصل ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملك كل للمطالبة بالوطء كما يملك هو للمطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليهما كما يصح مضافا اليهما كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها

لانتفاء لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما اذا طلقها في اثناء الشهر ثم وضعت حملها او لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل اذ المستقبل ثبت للحال ثم يستند كذا في الجامع الكبير والاسرار هذا على تقدير كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الاصح وقد قيل يثبت عنده بطريق البتين ولو قال انت طالق قبل موتي او قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شئ وترث منه لامتناع وقوعه مقتصرا كما هو مقتضى العدم الموت وعنده يقع مستندا حتى اذا كان صحيحا في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلاث حيض اما اذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث ولو قال لآخر امرأة تزوجها طالق او آخر عبد ملكه حر فتزوج امرأة ثم مات او ملك عبدا ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستندا الى وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصرا حتى يعتبر العتق من جميع المال اذا كان صحيحا وقت الشراء فان كان مريضا فمن الثلث وفي الزوجة الاخيرة تطلق من حين تزوجها حتى لا يلزمها العدة ان لم يكن دخل بها ولا ميراث لها وان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين التقدم والموت ان الموت معروف الجزاء لا يقتصر على المعرف كما لو قال ان كان في الدار زيد فانت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا لان الموت في الابتداء يحتمل ان يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت اصلا فاشبه سائر الشروط وفي احتمال الخطر فاذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لان الموت كائن لا محالة الا ان الطلاق لا يقع في الحال لانا نحتاج الى شهر يتصل بالموت وانه غير ثابت والموت يعرفه فافترق من هذا الوجه الشرط فاشبه الوقت في قوله انت طالق قبل رمضان بشهر فقلب بامر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر وقع اول شعبان اتفاقا ولو قال لها انت طالق ساعة لم يقع حتى يموت احدهما فاذا ماتت طلقت الاخرى مستندا عنده ومقتصرا عندهما

فصل فيه متفرقات من الايقاع لانه لم يقيد جهة البحث في مسائله بعارض واحد **قوله** ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقها ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وبقولنا قال احمد وقال الشافعي رحمه الله ومالك رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح اي الملك الذي يوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما حتى حل لكل الاستمتاع بصاحبه والطلاق لازالة فيصح مضافا الى كل منهما وقوله وضع لازالتهما الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه وهذا التعليل غير مرضي عند اكثر اصحابه قالوا لو كان كذلك لم يحتج الى نيته كالاضافة اليهما والمختار عندهم ان على الزوج مجرا من جهتها حتى لا ينكح اختها واربعا سواها فتصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد لكن اضافة الطلاق اليه غير متعارف فاحتيج الى نيته ولا يخفى انه يندفع ما اورده على الاول بالنكتة الاخيرة اذ يقال تتميما للاول انما احتيج الى نيته في الاضافة اليه لانه غير متعارف **قوله** ولنا تحقيقه ان الطلاق لازالة الملك لما ثبت بالنكاح او القيد فمحل الطلاق محلها وهي محلها دونه فالاضافة اليها اضافة الطلاق الى غير محله فيلغو بيان انها محل انما هي المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه وملكها عليه انما هو في المال كالمهر وهو بدل ملكه لامور ترجع الى نفسها فهي المملوكة دونه ولهذا ملك هو التزوج بالكتابية ولم تملكه هي بالكتابي والنفقة بدل احتباسها ايانا ما والحل الذي يثبت لها تابع للحل الذي ثبت له فانه لما ملك الوطء وجبت عليها التمكين من ضرورته حل استمتاعها به وليس الحل هو القيد الذي هو مورد الطلاق بل الحل اثره حسب ما حققناه في باب ايقاع الطلاق من انه المنع الشرعي الخ والثابت اثر النكاح ويرجع الى ما تقدم من ان الثابت متماثل يكون محلا للطلاق بخلاف الابانة لانها اي لفظها موضوع لازالة الوصلة ووصلة النكاح

ولو قال انت طالق واحدة او اثنتين يقع ثنتان رضي الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وفي الجامع الصغير ايضا وهو قول محمد رح اولا ثم رجع محمد رح وقال يقع واحدة رجعية وذكر قول محمد رح في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او ثنتين ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور هناك قول الكل فمن محمد رح روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة فلا يقع الا واحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا بل انت طالق فان الشك دخل في اصل الايقاع كله او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا بل انت طالق فان الشك دخل في اصل الايقاع فلا يقع شيء ولها ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا انت طالق ثلثا انت طالق ثلثا لا يقع الا واحدة ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا لا يقع الا واحدة ولو كان الواقع بالوصف المذكور الثلث وهذا الان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف وسماه انت طالق تطليقة واحدة اعلم انه اذا كان الواقع بالوصف المذكور مما يمكن ايقاعه متفرقا كما ان الواقع هاهنا وهو الثلث يقع الثلث خلافا في اصل الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لانها حالة موته وموتها ينافي الاهلية ومعناه انه لا يتصور ايقاع الطلاق في حالة موته ولا في حالة موتها لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي الاهلية والمحلية ولا بد من الاهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها وايما كان حالة موت احدهما منافية للنكاح لانها حالة ارتفاع النكاح ووقوع الطلاق يستدعي حال استقراره اذ المعنى على تعليقه بالموت وان كانت حقيقة مع للقران الا ترى انه لو قال انت طالق مع دخولك الدار تعلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل **قوله** واذا ملك الرجل امرأته او ثنتين منها اي سواء بان كان تزوج امة بغير ثم اشتراها جميعها منه او سواء منها او وهبها او ورثها او ملكت المرأة زوجها او ثنتين منه بان تزوجت حرة عبد الغير ثم اشترته جميعه منها او سواء منه او وهبه لها او ورثته وقعت الفرقة بينهما فسخا لمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح اما في ملكها اياه فلاجتماع بين الملكية والمملوكية فيها وقد تقدم تقريره هذا في فصل المحرمات وتحريره فارجع اليه واما في ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري لان اثباته على الحرة لحاجة ابقاء النسل وكان ملك النكاح في الاصل مع المنافي وهو حرية المملوكية للضرورة وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لشبوت الحل الاقوى به فيرتفع الاضعف الضروري للاستغناء عنه وهذا ظاهر في ملك الامة كلها واما في ملك بعضها فاقيم ملك اليمين مقام الحل لانه سببه احتياطا

ولو اشترى بعضها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رحمه الله انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هناك حتى تحل وطيها لله وان قال لها وهي امته لغيره انت طالق تطليقتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود والحكم تعلق به والمذكور بعده الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عندنا اذا كان التطليق معلقا بالاعتاق والعتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فالحرة محرمة عليظة بالتطليقتين يبقى شئ وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد ذكر للتاخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل اعادة ذكرنا من معنى الشرط

وهذا بخلاف المكاتب اذا اشترى زوجته لا يقع بينهما فرقة لانه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح **قوله** ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع الخ لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه كما في ملك البعض ولا من كل وجه كما في ملك الكل وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد يقع لانه لا فرق بين الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية والمنقول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيما اذا اعتقته اما اذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا انه لا عدة عليها يعني منه حتى حل له وطيها بملك اليمين وظاهره انه يحل تزويجها اياها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله في الكافي وقال لو زوجها سيدها الذي كان زوجها جاز ثم قال والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر قال فعلم انه لا يجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي حق غيره روايتان وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل واذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح يعني عدم التفصيل لمحمد اذ قد ظهر ان العدة هناك ايضا قائمة غير انها لا تظهر في حقه وجه قول ابي يوسف رح ان الفرقة معتبرة وقعت بسبب المنافي فتخرج المراة من ان تكون محلا للطلاق واذا خرجت من المحلية فحاجتنا الى اثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا تثبت المحلية ابتداء كما في النكاح الفاسد واعلم ان شمس الائمة حكى في المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يحضره جوابه اذا لمكاتبة بل اجراه في الفصلين فانه ذكر مسئلة المهاجرة وهي ما اذا هاجرت فانفسخ نكاحها هناك جرى بعدها وهي في العدة على قولها لم يقع طلاقه فقال في المبسوط وقيل هذا قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد فاما على قول ابي يوسف الاخير يقع طلاقه ثم قال وهو نظير ما لو اشترى الرجل امراته بعدما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه الاول وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف الاخير يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المراة زوجها يعني فاعتقته فحكى الخلاف في الصورتين وان اسند الزوج لها وهي امته لغيره انت طالق تطليقتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الرجعة لانه علق التطليق او ما هو بسببه حقيقة بالاعتاق او العتق لان اللفظ اعني العتق ينتظمهما اي ينتظم الاعتاق الذي هو فعله والعتق الذي هو وصفها اثر اله ومعنى الانتظام ههنا تحقق ارادة كل منهما به على البدل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمجازي في اطلاق واحد والاعتاق معنى مجازي للعتق هو فيه اسم الحكم للعلة وعلى هذا فاعماله في لفظ اياك على اعتبار ارادة الفعل به اعمال المستعار للمصدر او على اعتبار اعمال اسم المصدر كاعجبني كلامك زيدا على التمييز الاخر وهو ان يراد العتق الذي هو اثر فمشكل لانه قاصر وانما يعمل في المفعول التعدي وجعل العامل العتق اسما للمصدر يرده الى الوجه الاول لانه يصير معبرا به عن الاعتاق فلم يكن التعليق الا بالاعتاق فقط والوجه الثاني هو ان لا يكون كذلك بل عن العتق بذا معنى الاشكال المذكور في الكافي للحافظ الدين والعجب مما ذكر في جوابه من قول من قال ليس بمشكل لانه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه وابن هذا من صحة الاعمال وايضا كان الوجه ان يقول المصب الاعتاق والعتق بالواو لا بالباء وحاصل تقرير المسئلة ان مع قد تذكر للمتاخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقيق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كما في الآية ان مع العسر يسرا فصارت محتملة لذلك وان كان حقيقته خلافه فيصار اليه بموجب وقد تحقق وهو انا طة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فان الاناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجوده حكم هو بمعنى الشرط فلزم كون الاعتاق او العتق شرطا للتطليق فان كان الاعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارن للمتاخر عن الاعتاق ويقع الطلاق المتاخر عن التطليق بعدها فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وان كان العتق

ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة قبل مجيء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله وجهاء ملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصالة لاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا يقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها امة فكذا الطلاق والمطلقتان يحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فيقترنان

فاطهر بهذا التقرير المصير اليه وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار في الخارج فالعتق مع الاعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان بل الوجه انه قرن الطلاق بالاعتاق فيكون مقرونا بالعتق وهو صفة الرق ووجود احد الضدين مستلزم زوال الضد الاخر لا يبقى زواله على وجود الاخر اذ لا يصح ان يقال وجد السكون فزالت الحركة او وجد الحركة فزال السكون لانه يستلزم اجتماع الضدين بل وجود احدهما يقترن بزوال الاخر فثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق فلا يوجب التطليقتان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة وهذا يبتنى على احد القولين في ان المعلول مع العلة في الخارج او يتعقبها بلا فصل وعلى ان حالة الدخول في الوجود وحالة الوجود بعد تقرره وعدم خروجه عن المقارنة واطبق العقلاء على ان الشيء زمن ثبوته ليس بثابت وانت قد علمت ان المبنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء بعقبه اذ ليس بين علة فليس العتق علة للطلاق بل علة التطليق تحل عنده وسنذكر ما عندنا في العلة والمعلول وارد على هذا ما لو قال لاجنبية انت طالق مع مكاكاك حيث يأتي فيه التقدير المذكور مع انه لا يقع اذا تزوجها واجيب بانه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وانما يملك اليمين فاذا لزم بذكر حروفه اعني ان نحوه فان قال ان تزوجتك فانت طالق صح ضرورة صحة اليمين ويرجع هذا الى انه انما يملك التعليق الصحيح قبل النكاح بخلاف ما بعده ويقابل ان يقول الدليل انما قام على ملكه اليمين المضافة الى الملك فتعتق بما يوجب معنا ها كيف ما كان اللفظ والتقييد باغلظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولهذا قال في الدراية هذا الجواب لم يتضح لي فانه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي ان يحمل عليه قوله ولو قال اي لامرأته الامة اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال لها المولى اذا جاء غد فانت حرة قبل مجيء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض حيضة ولم يذكر الاختلاف على رواية ابي سليمان بل على رواية الشيخ ابي حفص وجه هذه الرواية ان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لان علة اصله الاستطاعة مع الفعل الذي يقام بهما يقترنان في الخارج فيكون التطليق الذي هو السبب مقارنا للعتق المقارن للاعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها امة فكذا الطلاق والمطلقتان يحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى فانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة ثم رد المصنف رحمه الله قول محمد رحمه الله بقوله ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان اي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي امة فتحرم وهذا محل الغلط في تقرير محمد من جعل العتق شرطا على ما يعطيه قوله والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط يعني ولا ينعقد التطليق سببا الا عند وجود العتق المقارن للاعتاق لكنه ليس كذلك بل الشرط مجيء اليوم كما هو الشرط في الاعتاق فان كانت العلة مع المعلول يلزم ان عند مجيء الغد يقترن كل من التطليق والاعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسب ما ينزل العتق وهي امة فتحرم حرمة غليظة واذا قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات اخر اي احدها انه اعتبر قول القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسئلة لكون الاعتاق مندوبا فليتعبر سرعة تنزله والتطليق محظورا فيتعبر متاخرا نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بحر والعقد الفاسد يتاخر فيه الى القبض للخطر وتوجيهه انه ينزل عند وجود العتق والتطليق والاعتاق والعتق مقترنة وينزل الطلاق بعدها وهي حرة وهذه بقي بتبين علم ان العقلا اختلفوا في العلة مع المعلول فذهبت

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد للعلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا يعني هذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقبل اذا اشار بظهور باطن المضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فانوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا انوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر

طائفة الى ان المعلول يقبلها بالاصل والجمهور على انها معدومة في الخارج وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول لانها اعتبرت كالاعيان باقية فامكن فيها اعتبار الاصل وهو تقدم المؤثر على الاثر بخلاف الاستطاعة مع الفعل لانها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقدمها والا بقي الفعل بلا قدرة والذي يختاره التعقيب في العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يعقب الكسر في الخارج غير انه لسرعته اعتقاد مع قلة الزمن الى الغاية او كان اينما لم يقع بتمييز لتقدم والتاخر فيهما وهذا لان المؤثر لا يقوم به التاثير قبل وجوده وحاله خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من ان تكمل هويته ليقوم به عارضه والا لم يكن موثرا واسد اعلم وثانيهما ان المعلق كالمرسل عند الشرط فكان المولى والزوج ارسلا عند الشرط فيتسبق وقوع الاوجز وانت حرة او جزء من انت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما وثانيها لما تعلقا بشرط واحد طلقته فيصادفها حرة لاقترانها وجودا ولان الملك كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك قلنا التعليق بشرط واحد يقتضي ان يصادفها على الحالة التي صادفها عليها العتق وهي الرق فتعلق الحرمة بالشك فيبطل الاخير واطباق العقلاء على ان الشيء زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفى ما قبله والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضي قدر التملك من الزمان بل محجر دنزوله ينزل في اول ان يعقبه لانه شرول سكم فيبطل ما قبلها ورفع الاثر في البيع الفاسد لما امكن وهو مطلوب شرعا اخر الى غاية تناسب التنبيه اليها عند القبض الذي له شبه بالعقد على ما عرف في الفصل الذي يلي باب المهر ما نحن فيه فلو امكن رفعه لم يمكن بعد وجود الشرط غاية تناسب اعتبارا اخر شوبة اليها كما هو في البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع ولا الدفع فلا فايدة في تاخيره بل هو محض الاحتياط فيبطل الاول

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه **قوله** قال من لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث طعن على محمد في لفظ السبابة اذ الاسم الشرعي المسبحة واجيب بان في بعض النسخ المسباحة وبانه ورد ايضا في رواية ابن عباس رضي الله عنهما في صفة طهوره صلى الله عليه وسلم ادخل السباحتين في اذنيه كما قدمناه في كتاب الطهارة وبان الاعلام لا توجب تحقق معانيها في مسمياتها وهذا منتف فان الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعي الى التشبيه والدفع برواية ابن عباس رضي الله عنهما بناء على الظاهر من نقل الحديث بالالفاظ والا لو قيل كان الاسم الشرعي المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تخامي ابن عباس رضي الله عنهما فالاولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها الى التصحيف والتكانت هي ايضا غاية في اللغة من جهة الاشتقاق لان الفعل سبح وفعال مبالغة في فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه سبح والماسباح فانما هو من سبح في المائيات ثم شرع في الوجه فقال لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم يعني لفظ هكذا وهذا غاية لفظا ومعنى فلان التي يكنى بها عن العدد وكذا اولم يستعمل فيها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معاني الاجزاء نحو هكذا عشرك يقصد بالها التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الاشارة وهذا هو المراد هنا في الحديث فقوله انت طالق هكذا التشبيه بالعدد والمشار اليه وهو العدد والمفاد كيفيته بالاصابع المشار اليها بخلاف كذا لكذا فانها لم تقصد فيها معاني الاجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس او غيره كما في الخبر يقال للعبد اذكر يوم كذا او كذا افعلت كذا او كذا تم مميزه ليس الا ما بين الجنس لانها وضعت لقصد ابهام الكمية نحو ملكت كذا عبدا ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما فليس هذا استعمالا عربيا وهذا هو غلط المفتي **قوله** قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا الخ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال انا امة امية لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الابهام في الثالثة والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلثين متفق عليه وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة

فتح القدير مع الهداية ج ٢

ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي لاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والبتة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رح يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو اما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك فلنا انه وصف لها بما يحتمله لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو قال انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق الحق الطلاق لانه انما يوصف هذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال خبيثة طالق او سيئة او حرجة او لعينة او شيطانة او طالق كالشيطان او طالق طلاق الشيطان او طالق طلاق البدعة او طالق للبدعة لان الرجعي هو السني فيكون البدعي طلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رح في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد من النية ولو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف في الدراية الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة فالذي تثبت بالنية منه ان يكون الاصابع الثلث منشورة فقط بحيث تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه تحتمله لكنه خلاف الظاهر وقيل ان اشار بظهورها بان جعل باطنها اليه وظاهرها الى المرأة فبالمضمومة وقيل الكفان بطن كفه الى السماء فبالمنشورة وان كان الى الارض فبالمضمومة وقيل الكفان نشر اعن ضم فبالمنشورة للعادة فقط وهذا قريب والمعول عليه اطلاق المصرح والخفي في ان قوله لا بهام والسبابة والوسطى ليس بقيد قوله ولو لم يقل هكذا العيني قال انت طالق واشار باصابعه الثلث ولم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم وعرف ان الصواب ان يقال لانه لم يقترن بالتشبيه المتقدم قوله واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة او الزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رح يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول وبقوله قال مالك واحمد رح لان الطلاق شرع معقبا للرجعة وكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لانه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعد قصده ويجب عليه سجود السهو كقوله وهبتك على ان تشبت ملكك قبل القبض او طالق على ان لا رجعة لي عليك قلنا انه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فانه يثبت به البينونة قبل الدخول في الحال وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من ان اسم الواحد لا يحتمل العدد المحض لو سلم فالفرق ان الرجعة تصريح بمعنى المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم يسق الرجعة صريحا بل لزم ضمنا ويرد عليه انه لو احتمل البينونة لصحت ارادتها بالطلاق وتقدم في ايقاع الطلاق عدم صحتها واجيب بان عمل النية في الملفوظ لا في غيره ولفظ بائن ما صار ملفوظا بالنية بخلاف طالق بائن وغيه نظر اذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ الا توجيهه الى بعض محتملاته فاذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية فيه وقد فرض بطالق ذلك فتعمل فيه النية ولا يكون عاملة بالفظ بل بما يعطيه هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة الى النية وليس كذلك وان قلنا في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لانه قصد تغيير ما علقه الشرع بانقضاء العدة وبه علله المصر هناك ورد عليه ان تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب ان يمنع من صحة اللفظ اذا كان مغيرا نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على انه وصف للمرأة كطالق لا وصف لطالق لكن فيه تكلف لانه اذا عنى انها وصف للمرأة تقع ثنتان وهو ما ذكره المصر بقوله ولو عنى بانت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان بائنتان على ان التركيب خبر بعد خبر لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ولو امكن ان يقال الايقاع ببائن وصفا لها وطالق قرينة فاستغنى به عن النية فلم يحتج اليها كما يحتاج الى النية لو افرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ثم ببينونة الاولى ضرورة ببينونة الثانية اذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية وكل كناية قرنت بطالق يجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان قوله وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على انت طالق بائن في الاحكام الاربعة وقوع الواحدة بائنة اذا لم ينو شيئا او نوى ثنتين والثلث بالنية ولو عنى بطالق واحدة وبافحش الطلاق اخرى تقع ثنتان وانما وقع البائن لانه اذا وصف الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو قطع النكاح في الحال في البائن وموجلا بالانقضاء في الرجعي وافعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فانه افحش مما يثبت به موجلا اعني الرجعي فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه او اشره او احسنه او اكبره او اعظمه او اطوله او اعرضه او اغلظه كلها مثل افحشه وسنذكر جوابا انه لم يقع ثلث وكذا طلاق الشيطان وكذا الطلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بالنية لان الرجعي هو السني فيكون البدعي طلاق الشيطان هو البائن وفي

وعن محمد رحمه الله اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك قال اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا حجى التي وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رح يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان تشبيها به في توحده ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق وكالف وملأ البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والا ارتفاض ما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف رجل ويراد به القوة فيصح نيته لاحدهما وعند فقدها يثبت اقلهما وعن محمد رحمه الله انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف

في عبارة شامل اذ ليس الرجعي هو السني بل اعم لانه لو طلقها في الحيض كان رجعيا وليس سنيا وعن ابي يوسف رح في قوله انت طالق للبدعة لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد يكون من حيث الايقاع في الحيض كما يكون بالبينونة فلا بد من النية ولو قال اقبح الطلاق فعند ابي يوسف رح رجعي لاحتمال القبح الشرعي والطبعي بان يطلقها في وقت يكره فيه الطلاق طبعا كذا ذكروه كانه الطهر الخالي عن الجماع فيجتمع الكراهة الطبعية والشرعية او يراد وقت تتفق نفرة الطباع فيه عن الطلاق وعند محمد رح بائن حملا له على المنهي عنه **قوله** وعن محمد انه قال اذا انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لما ذكرنا في وجه الرواية عن ابي يوسف رح **قوله** وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم ويحصل باثبات زيادة الوصف البينونة وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رح يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان التشبيه في توحده يعني تمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك قلنا المعروف الذي هو كالصريح ان التشبيه بالجبل انما يراد في الثقل والعظم فتثبت المشتهر قضية للفظ وتتوقف الواحدة على النية بينه وبين الله تعالى اما القاضي فلا يصدقه فيها **قوله** ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملأ البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول وهو قوله اشد الطلاق فلانه وصفه بالشدة فان قيل بل بالاسدية فيجب وقوع الثلث وكذا كل ما كان مثله مثل اقبح الطلاق اجيب بان الفعل يراد به ايضا الوصف كقولهم الاشج والناقص اعدلا بني مروان اي عادلاهم فلا يحمل على الثلث بالاحتمال لا يخفى ان الاعتبار للظاهر ولذا ثبت البائن في الجبل مع احتمال ارادة كون وجه التشبيه الوحدة والاوجه ان هذا الاحتمال يجعل ظاهر الحرمة الثلث فيصار الى الواحدة البائنة وتتوقف الثلث على النية ثم قوله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر فان المعنى طالق طلاقا هو اشد الطلاق والحاصل ان افعل التفضيل بعض ما اضيف اليه فكان اشد معبرا به عن المصدر الذي هو الطلاق واما الثاني وهو قوله كالف فقد يراد به التشبيه في القوة كما يقال زيد كالف رجل اي باسه وقوتهم وقد يراد التشبيه في العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد الف وقد يعدد الف وفيه يقع ثلثا اتفاقا وقد يراد التشبيه في القوة فتصح نيته كل من الامرين وعند فقدانهما يثبت اقلهما وعند محمد رح يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد وظاهر افيصير كقوله طالق كعدد الف ومعلوم ان التشبيه بالعدد ليس له معنى في خصوص الكمية والا لقال انت طالق الفا اذ لا معنى لقوله الف تشبيه بهذا الالف فانه يستقيم في الكثرة اي طالق عددا كثيرا كثرة الالف والكثرة التي تشبه كثرة الالف ما يقاربها فلا بد ان يزيد على اثنين فيقع الثلث قلنا كون التشبيه به في القوة اشهر فلا يقع الا بالنية بخلاف كعدد الف وعلى هذا الخلاف مثل الف الا واحدة كالف فهي واحدة بائنة بالاجماع ولو شبه بالعدد فيما لا عدد به فقال طالق كعدد الشمس او التراب او مثله فعند ابي يوسف رح رجعية واختاره امام الحرمين من الشافعية لان التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو ولا عدد للتراب وعند محمد رح يقع الثلث وهو قول الشافعي واحمد رح لانه يراد بالعدد اذا ذكر الكثرة وفي قياس قول ابي حنيفة رح واحدة بائنة لان التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة كما مر انا لو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد رح وعنه في كالنجوم يقع واحدة وكعدد النجوم ثلث والفرق له بين هذا وبين قوله كالف ان الالف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه في النور ولو قال كثلث فهي واحدة بائنة عند ابي يوسف رح وثلث عند محمد كما لو قال كعدد ثلث وهذا ضعيف لانه تشبيه العدد بالعدد وفي خصوص الكمية وفيه ما ذكرناه آنفا وفي كافي الحاكم لو قال انت طالق اكثر الطلاق فهو ثلث لا يدين فيها واذا قال نويت واحدة انتهى ولو اضافه الى عدد معلوم النفي كعدد شعر طن كفى او مجهول النفي والاثبات كعدد شعر البيس ونحوه يقع واحدة او من شانه الثبوت لكنه كان زائدا وقت الحلف يعارض كعدد شعر ساقي وساعدي

واما الثالث فلان الشئ قد يعظم الشئ لعظم في نفسه وقد يعظم لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية تثبت الاقل بيقين وعند ابي يوسف ره انه متى شبه الطلاق بشئ يقع بائنا اي شئ كان المشبه به فذكر العظم او مزيد لها مما ان التشبيه يقتضي زيادة وصف الاصل عند ابي حنيفة ره ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شئ كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحد على الخبر بما ذكر العظم فلا زيادة لا في الحالة وعنده ابي يوسف

فان فرق الطلاق وبانشاء او لم يقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذ لم يذكر في آخر كلامه ما يقتضي صيرورة حتى يتوقف عليه فيقع الاولى في الحال فتصادف الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال الحالات طالق واحدة واحدة وقع واحدة كما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة او قبلها واحدة وبعدها واحدة وقعت واحدة لان الواقع مع الاولى او بعدها ناعتا لها يكون رجعيا لان الصفة لا تقترن بالموصوف فكان الواقع بعدها قبل الاولى او قبلها بعدها ناعتا لها في

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فلان دخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رح وقالا تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاجماع لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتتعلق جملة كما اذا نص على الثنتين او لغير الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني تقع واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا نجز الشرط لانه غير محض فيتوقف الاول عليه فيقع جملة وبخلاف ما اذا تقدم الشرط فلم يتوقف

بمضمومتها واحدة الاولى فقد ارقع واحدة موصوفة بقبلية اخرى لها ولا يتدرطيه اذا لم يكن في الواقع لها وجود سابق على الوقعة فيحكم ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان واذا كان الظرف لفظة بعد ففي واحدة بعد واحدة يكون صفة للاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بانها بعد اخرى وهو معنى قبلية اخرى لها ولا قدرة على تقديم الامر السابق الموجود على الموجود فيقترنان بحكم ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقعان وفي واحدة بعد واحدة اوقع واحدة موصوفة ببعدية اخرى لها فوقعت الاولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها واما اذا قال واحدة معها واحدة او مع واحدة فلا فرق في الحاصل لان مع للقران فيتوقف الاول على الثاني تحقيقا للمعنا ما وعن ابي يوسف رح في قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكتابة تستدعي سبق المكتوب عنه قلنا وقد وجد وهي واحدة التي هي مرجع الضمير اذ قد يسبق لفظها غير انه يجب التوقف لاتصال المغير وهو السببية المانعة من انفراد السابق بالحكم الذي هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظا وان عنى سبق وجوده فممنوع ومن مسائل قبل وبعد ما قبل منظوما رجل طلق امرأته شهرا قبل الطلاق بشهر قبل ما بعد قبل رمضان وصورة ثلثت لانه اما ان يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل او جميعه بلفظ بعد او جمع بينهما ففي الجمع كالبيت يلغى قبل بعد فيقع شهر قبل رمضان فيقع في شوال وفي نحوه ثلث صور اخرى وذلك لانه لا يخلو من انه اذا كرر لفظة قبل مرة واحدة ان يتخلل بينهما بعد كما في البيت وقد عرفت حكمه او لا يتخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع في ذي الحجة ومن انه اذا كرر لفظة بعد مرة واحدة ان يتخلل بينهما قبل كالبيت وحكمه انه يلغى بعد بقبل فيبقى شهر بعد رمضان فيقع في شعبان او لا يتخلل بل المذكور محض بعد نحو في شهر بعد ما بعد رمضان فيقع في جمادى الآخر

قوله وفي المدخول بها يعني ان ما ذكرنا ه من التفصيل في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو في غير المدخول بها اما في المدخول بها فيقع ثنتان في الوجوه كلها اي في قبل واحدة وقبلها وبعد واحدة وبعدها واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد رح في الزيادات نحو فتحرير رقبة من قبل ان تماسا لفد البحر قبل ان تنفد كلمات ربي وقول النبي صلى الله عليه وسلم صلوا الصلاة قبل ان يتخلها ناركم وأجيب بان اللفظ اشعر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدع لامحالة والعمل بالظاهر واجب ما امكن **قوله** ولو قال لها اي لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رح وقالا تقع ثنتان ولو قدم الجزاء فقال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق اي لجمع المتعاطفات فما قبلها وما بعدها بالحكم سواء فكان عاملا كجاء زيد وعمرو واولا كزيد وعمرو وبكر جاءوا مطلقا اي بلا قيد معية او ترتيب بل اعم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق بدخول الدار فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع بان قال ان دخلت الدار فانت طالق ثنتين وكما اذا آخر الشرط والمسئلة بحالها وهذا التعريف للفظي لا اثر له لانه في حال التكلم بتعليق الطلاق لا في حال التطليق فتجيء خلاف قوله لغير المدخول لها انت طالق واحدة وواحدة لانه في حال الايقاع ولا موجب لتوقف الاول فيقع اما هنا فيتوقف فيتعلق الكل وقع ثم يتبين كذلك فيقع الكل ولو سلم التعاقب في التعليق فالمتعاقبات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل ايمان تخللها ازمنة كما لو قال ان دخلت فانت طالق ثم بعد زمان قال ان دخلت فانت طالق فدخلت تقع الكل اتفاقا وقول المصر كما اذا نص على الثلث غير مناسب للصورة وكذا متعلق ويقع **قوله** وله ان الجمع المطلق الذي هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو في الاستعمال الخاص ان يراد من حيث هو في ضمن القران والترتيب وبه لانه لا يراد في الاستعمال العام الاعم الامن حيث هو في ضمن احد خاصيه وعلى الاعتبار الثاني وهو ان يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع الا واحدة كما اذا نجز الثلث بالواو لغير المدخول بها يقع

ولو عطف بحرف لفا فهو على هذا الخلاف ذكره الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بائنة تقاس لان لفاء التعقيب هو الاصح

واحدة للملاحظة هذا الاعتبار ويلغو ما بعدها لفوات المحل بالاولى وعلى اعتبار ارادة المعية ينزل الكل وللاثنين لاحدى الجائزين ونزول الطلاق عند الشرط لابد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك وتقرير الاصول ان الاول تعلق قبل الثاني لعدم ما يوجب توقفه وتعلق الثاني بواسطة والثالث بواسطتها فيتزل على الوجه الذي وقع عليه التطليق بخلاف مسئلة تكرار الشرط لان تعلق الثاني بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كلا منهما مستقلة فيتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس شئ منها بواسطة شئ فيتنزلن جميعا عند الشرط وبخلاف ما اذا قدم الجزاء لان تاخر الشرط موجب للتوقف الاول لانه مغير تعلق الكل فيه وفعة فتنزل دفعة وتفصيله لو قال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق واحدة لا بل ثنتين قد خلت بقع ثنتان لو نجز بهذا اللفظ وقع واحدة واجيب بان لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني بدل الاول ولا يمكن في الطلاق فيتعلق الاول ويصح تعلق الثاني لبقاء محل التعليق بعد تعلق الاول فيتعلق بلا واسطة كانه اعاد الشرط للتعليق ثنتين وجعلهما يمينين فاذا وجد الشرط وقع الكل جملة بخلاف ما اذا نجز لانها بانت بالاولى فلم تبق محلا لايقاع الثنتين وقولها ارجح قوله تعلق بواسطة فتعلق الاول ان اريد انه علة تعلقه ممنوع بل علته جمع الواو واياه الى الشرط وان اريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة ولو سلم ان تعلق الاول علة لتعلق الثاني لم يلزم كون نزوله علة لنزوله اذ لا تلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم في التعليق وليس نزوله علة لنزوله بل اذا تعلق الثاني بأي سبب كان صار مع الاول متعلقين بشرط وعند نزول الشرط ينزل المشروط وتقرير المصنف اقربه ولا يرد عليه مسئلة الايمان فان قبل قوله لا يقع الزائد بالشك يدفع بانه لا شك في تعلق الكل سواء كان بطريق المعية او الترتيب فيجب ان تنزل كلها عند الشرط كالايمان المتعاقبة بشرط واحد قلنا الترتيب الذي يراد بالواو يقتضي كما قررناه ان وقوع كل متقدم جزاء شرطه وقوع المتاخر فان معناه ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى وقبلها اخرى فلا يقع متاخر الا بعد وقوع المتقدم فصار الدخول شرط كل متاخر بخلاف الترتيب الذي في الايمان فانه ليس الشرط في الكل الا شرط الاول فقط فاذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام شرط كل معلق معلق من الطلقات الثلاث وعلى هذا الخلاف لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق وانت على كظهر امي ووالده لا اقربك قد خلت فطلقت وسقط الظهار عنده والايلاء بسبق الطلاق تعليقين فلا تعلق محلا للظهار والايلاء وعندهما موطئ مظاهر مؤول ولو قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وانت على كظهر امي ووالده لا اقربك اربعة اشهر فتزوجها فعلى الخلاف بخلاف ما لو قدم الظهار والايلاء فقال والده لا اقربك وانت على كظهر امي وانت طالق فتزوجها وقع الكل عند الكل اما عنده فلا اشكال واما عنده فلسبق الايلاء ثم هي بعده محل للطلاق فتطلق **قوله** ولو عطف بحرف الفاء فقال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق فطالق فطالق فدخلت فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها وعندهما يقع الثلاث وفي المبسوط نقلا عن الطحاوي فليكن عنهما وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق وهو الاصح لان الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طالقة ولا وقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعدها وشرط الثالثة الدخول ووقوع طالقتين فتقع بعدهما على النحو الذي قررنا عليه كلام المصنف بحيث يرجع وهذا لانه يصير المعنى ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى ولو عطف بثم واخر الشرط كانت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت فان كانت مدخولا بها فعند يقع في الحال ثنتان وتعلق الثالثة بالشرط لانها للتراخي وكماله باعتباره في اللفظ والمعنى وكانه فصل بسكوت ولو سكت وقع الاول ولا يتوقف ليتعلق فكذا هنا واذا وقع الاول بقيت محلا فيقع الثانية وتعلق الثالثة بدخولها الدار وان كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانتفاء محليتها وان قدم الشرط فقال ان دخلت فانت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخولة بها تعلق الاولى ووقعت الثانية والثالثة فاذا لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث

فتح القدير مع هداية ج ٣

واما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته قال وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا تقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاول فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل في معنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته فتحتمل الاستبراء ايضا واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا للمصدر المحذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه حصل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لانها لا تحتمل الا ذلك فان قوله انت طالق فيها مقتضى ومضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وقوله واحدة ان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي بنية الثلث

والوجه بعد معرفة الاصل ظاهر وعندهما تعلق الكل بالشرط قدمه او اخره الا ان عند وجود الشرط يقع الثلاث ان كانت مدخولا بها وفي غير المدخول بها بانت بالطلقة الواحدة قدمه او آخره فاشبه التراخي يظهر عنده في التعليق كما سكت ثم تكلم وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف اصلا بان قال ان دخلت فانت طالق واحدة واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق لانه انما تعلق الاول ولغا ما بعده لعدم ما يوجبه تنجيزيه قوله

واما الضرب الثاني وهو الكنايات لما ذكر احكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح اذ هو الاصل في الكلام لانه وضع للافهام وما كان اوضح في ذلك فهو اظهر افهاما كان اصلا بالنسبة لما لا وضع له وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكنائية ما خفي المراد به للتواري والاحتجاب عليه وانما لم يعرف الناس الكناية كما عرفوا الصريح بل ابتدأ فقال وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية الى آخره لاشتهارا نها ضد الصريح وحين عرفه علم ان الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع انه يوخذ رسمها من تعليله حيث قال انها تحتمله وغيره فكان الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم ان يستفسر عن مقصوده به اما اذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فان القاضي يعتبرها ولا يصدقه في ادعاء ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فانها تحكم بارادة مقتضى الحال حاكما في البيع بالدراهم المطلقة ينصرف الى غالب نقد البلد بدلالة الحال وكذا اذا طلق نية الحج ينصرف الى الحج الفرض والاصل ان النية باطنة والحال ظاهر في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في اكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء واما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدقه سجانه اذ انوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المصنف لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع اما في نفس الامر فلا يقع الا بالنية مطلقا الا ترى ان انت طالق اذا قال اردت عن وثاق لا يصدقه فيما بينه وبين الله تعالى فيصدقه سجانه لانها غير موضوعة للطلاق بل هو موضوعة لما هو اعم من حكمه ومنه والاعم في المادة الاستعمالية يحتمل كلا من صدقاته ولا يتعين احدهما الا بمعين واما معين في نفس الامر هو النية وبالنسبة الى القاضي دلالة الحال فان لم يكن فدعواه ما اراد وانما قلنا اعم من حكمه ولم نقل اعم منه لما سنذكر من انها لم يرد بها سوى الثلث الرجعية الطلاق اصلا بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح فقط هذا فقول المصنف وغيره تسامح لان محتملات اللفظ تستعمل فيها وسنشير الى انه لم يرد بها الطلاق وتقريره والجواب ان المراد يحتمله متعلقا معناها او واقعا عنده فتدخل الثلث الرجعية قوله وهي اي الكنايات على ثلثة اقسام هذا تقسيم للكنايات وهي تنقسم او لا بحسب ما هي كناية عنه وثانيا باعتبار الواقع بها وما ذكره المصنف هي القسمة الثانية اما الاولى فتنقسم الى ما هو كناية عن حكم الطلاق والى ما هو عن تفويضه الثاني لفلان اختاري وامرك بيدك لا يدخل في يدها الا بنية الطلاق فلا يقع الا بقولها بعد نيته طلقت نفسي واخترت نفسي والاول ما سواهما وينقسم الى ما يقع به البائن وهو ما سوى الالفاظ الثلثة وسنذكر ما فيه وابى ما يقع به الرجعي وهي الالفاظ الثلث اعتدي استبرئي رحمك وانت واحدة ثم لا يقع به الا واحدة اما الاولى اي كون الاولى وهي كلمة اعتدي كناية فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى فان نوى الاول تعين ويقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة ولا يخفى ان القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما اذا قال بعد الدخول اما قبله فهو مجاز عن كونه في طالقا باسم الحكم عن العلة لان المسبب عن السبب يدل ان شرط اختصاص المسبب بالسبب وبعدمه لا يختص بالطلاق لشبوتها في ام الولد اذا عتقت ويجاب بان ثبوتها فيها انما كان لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء لا بالاصالة وهو غير واقع سؤال عدم الاختصاص واعلم انه كما يجب كونها مجازا عن كونه في طالقا في غير المدخول بها يجب كون استبري رحمك كذلك في غير المدخول بها اذا كانت آيسة او صغيرة وما في المزاوجة من ان وقوع الرجعي بهذا استحسان لحديث سودة يعني انه صلى الله عليه وسلم قال لها اعتدي ثم راجعها

او لا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشائخ وهو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة بائنة

واقول والقياس ان يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس مع استحسان لان عليته البينونة التي في غير الثلثة منتفية فيها فلا يتعدى القياس على النص الا عند اعتداد ويقتضي فرقه بعد الدخول وهي اعم من رجعي وبائن لكن لا يوجب ذلك تعيين البائن بل تعيين الاخص لعدم الدلالة على الزائد واما الثانية وهي كلمة استبري رحمك فلانه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئي لاني طلقتك الا طلاقك يعني اذا علمت خلوه عن الولد وعلى الاول يقع وعلى الثاني لا فلا بد من النية ولا يخفى انها ايضا قبل الدخول مجاز عن كونه في طلاقا كاعتدي وكذا في الآيسة والصغيرة الدخول بها كما ذكرنا واما الثالثة وهي انت واحدة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة خاطبها بكلمة فقال يعني ذا لزوجة مع الوصف المذكور فكانه قال لمجهول ان بحرد تية الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعتبر بالرجعة ويحتمل غيره ونحو انت واحدة عندي او في قومك عدا وذا ما قد ظهر ان الطلاق في هذه الالفاظ مقتضى ما هو في اعتدي استبري رحمك لانه يقع شرعا بها فوثبت اقتضاء ومضمرا في واحدة ولو كان مظهرا لا يقع الا واحدة فاذا كان مضمرا وانه اضعف منه اولى ان لا يقع الا واحدة وفي واحدة ان صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع ارادة الثلاث لانها صفة للمصدر المذكور بالهاء فلا يتجاوز الواحدة واعترض بعضهم على قوله يحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف اي تطليقة واحدة فان فيه تكلفا غير محتاج اليه بل يحتمل ان يراد به منفردة على الزوج سائنا لانه لا يرفع احتمال المذكر المصدر والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع في طلاق العرب منه ما قدمناه ومن الشعر لقابل تمانت طلاقي وانطلاق عزمتي الى آخره ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الاربع اذهبن فانتن الطلاق او طلاق وكثير بخلاف التطليق بلفظ انت

منفردة عن الزوج فكان احتمال انت واحدة للمصدر اظهر من احتمالها المنفردة عن الزوج فضلا عن تعيين الثاني قوله ولا اعتبار باعراب الواحدة عند عامة المشائخ هو الصحيح احترازا عما قال بعضهم ان برفع الواحدة لا يقع شيء وان نوى وان نصبها وقعت واحدة وان لم ينو لانها نعت للمصدر اي انت طالق تطليقة واحدة فقد اوقع بالصريح وان سكن اصح الى النية وهو الصحيح ان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلا يجوز بناء الحكم عليه ولان الرفع يجوز كونه نعتا لتطليقة اي انت تطليقة واحدة والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر اخر اي انت متكلمة كلمة واحدة وهذا الوجه يعم العوام والخواص ولان الخاصة لا تلتزم التكلم العربي على صحة الاعراب بل تلك اصناعتهم والعرف نعتهم ولذا ترى اهل العلم في مجاز كلامهم لا يميزون قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى الثلث كانت ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة في هذا لا طلاق نظر بل يقع الرجعي ببعض الكنايات سوى الثلث فقد ذكر في انا بري من طلاقك يقع رجعي اذا نوى بخلاف ما اذا قال من طلاقك قال ابن سلام وفي الخلاصة اختلفت في برئت من طلاقك اذا نوى الاصح يقع رجعيا والاوجه عندي ان يقع بائنا لان حقيقته برئيته منه فيستلزم عجزه عن الايقاع وهو البينونة بانقضاء العدة او الثلث او عدم الايقاع اصلا وبذلك صار كناية فاذا اراد الاول وقع وصرف الى احدى البينونتين وهي التي دون الثلث وكذا في الطلاق عليك يقع بالنية وفي حبلك طلاقك اذا نوى يقع رجعيا وكذا قال في بتتك طلاقك اذا قالت اشتريت مني نفسي بدل تم في البتة اذا لم تكن نية تطلق في القضاء ولو قال نويت ان يكون في يدها لا يصدق وامانيابينه وبين الله تعالى فهو كما نوى فان طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت والا فهي زوجته هذا اذا ابتداء الزوج فلو ابتدأت فقالت بتني طلاقي تريد اعراض عنه فقال وبت لا يقع وان نوى لانه جواب ما طلبت كذا قيل وفيه نظر بل يجب ان يقع اذا نوى لانه لو ابتدأ به ونوى وقع فاذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب واخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو اوري بفتنه ونيته ويقع رجعيا في خذي طلاقك واقرضتك وكذا في قد شاء الله طلاقك او قضاه او شئت يقع بالنية

وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخليه وبريه ووهبتك لاهلك
وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي وتخمري واستبري واعزبي واخرجي واذهبي وقومي والحقي
لانها تحتمل الطلاق وغيره فلابد من النية قال الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه
وبين الله تعالى الا ان ينوية قال رحمه سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة
مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا
لا ردا وما يصلح جوابا وردا ستة وثبتة ففي حالة الرضاء لا يكون شئ منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا
وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا لا يصلح ردا وفي القضاء مثل قوله خلية وبرية بائن بتة حرام اعتدي وروي بدل اختاري

رجعي ومذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة حرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخليه وبريه ووهبتك الاهلك وفارقتك وامرك بيدك واختاري
وانت حرة واعتقتك مثل انت حرة وتقنعي وتخمري واستبري واعزبي بالثلثين المجتمة والراء المهملة وبالباء المعجمة واخرجي واذهبي وقومي
والحقي بالازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره وتفسير المحتملات غير كاف وحبلك على غاربك تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من اشياء وهي هيئة
الناقة اذا اريد اطلاقها للرعي وهي ذات رسن فالقي الحبل على غاربها هو ما بين السنام والعنق كيلا تثقل به اذا كان مطروحا فشبه بهذه الهيئة الاطلاق
انطلاق المرأة عن قيد النكاح او العمل او التصرف من البيع والاجارة والاستئجار وصار كناية في الطلاق لتعدد صوره الاطلاق وفي وهبتك لاهلك
اذ انوى يقع وان لم ينو لا يقع لانه بحب كون وهبتك لاهلك مجازا عن ردك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهي البينونة فلا يحتاج الى قبولهم اياها في ثبوت
البينونة والحقي باهلك مثلها في صيرورتها الى الحالة الاولى وقوله وهبتك لابيك او لابنك مثل بخلاف الاجانب فلابد من النية اي في الحكم بوقوع الطلاق
الا ان يكونا في حالة مذاكرة الطلاق وهو حال سؤالها الطلاق او سؤال اجنبي فيقع في القضاء وان قال اردت غير الطلاق فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى
الا ان ينويه ويستثنى منها اختاري لما تذكر وامرك بيدك قال المصنف رحمه سوى في القدوري بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق حال مذاكرة الطلاق في
القضاء اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات وهكذا فعل شمس الائمة في المبسوط والمشايخ كفخر الاسلام وغيره قالوا وهذا اي كونه لا يصدق
اذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق انما هو فيما لا يصلح ردا اما ما يصلح ردا فيصدق اذا ادعى ردا ثم استانف تقسيما ضابطا فقال الاحوال
ثلثة حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق وهي ما قدمنا وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق اي
التطليق ويصلح ردا له وما يصلح جوابا وستة ففي حالة الرضا يصدق بالكل اذا قال لم ارد الطلاق لانه لا ظاهر يكذبه
وفي حال المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا لا ردا كالخلية برية بائن بتة بتلة حرام اعتدي استبري رحمك اختاري امرك بيدك ويصدق فيما يصلح
ردا للرد مثل اخرجي اذهبي افلحي تقول العرب افلح عني اي اذهب اعزبي قومي تقنعي وعزا فيها كما يستتري وتخمري ومعنى الرد في هذه اي الاشتغال
بالقنع الذي هو الفلك من القناع وكذا اخواه ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفي حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا
وشيمة لا ردا كالخلية برية بتة بتلة حرام وما يجري مجراه او تحمل خليتك عن العيب برية منه بتة بتلة اي مقطوعة عنه ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون
الرد والشتم كاعتدي اختاري امرك بيدك استبري وعرف مما قدمنا ان اختاري امرك بيدك لا يقع بهما الطلاق الا بالنية وانما سميا
كنايتان عن التفويض حتى لا يدخل الامر في يدها الا بالنية واعلم ان حقيقة التقسيم في الاحوال الى قسمين حالة الرضا وحالة الغضب واما حالة
المذاكرة فتصدق مع كل منها بل لا يتصور سؤالها الطلاق الا في احدى الحالتين لانهما ضدان لا واسطة بينهما فتحرير التقريران في حالة الرضا
المجرد عن سؤال الطلاق يصدق في الكل انه لم يرد الطلاق وفي حالة الرضا المسؤل فيها الطلاق يصدق فيما يصلح ردا انه لم يرد الطلاق وفي حالة الغضب المجرد
عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سبابا وردا انه لم يرد الا السب والرد ولا يصدق فيما يصلح جوابا فقط وفي حالة الغضب المسؤل فيها الطلاق تحتمل
في عدم تصديقه في المتحتم جوابا بسبب المذاكرة والغضب وكذا في قبول قوله فيما يصلح ردا الان كلا من المذاكرة والغضب يستقبل باثبات قبول قوله في
دعوى عدم ارادة الطلاق وفيما يصلح للسب يغير الغضب باثباته فلا يتغير الاحكام ح فالاولى ان يعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيدي الغضب
والمذاكرة قوله وعن ابي يوسف الخ الحق ابو يوسف بالكنايات الفاظا اخرى وهي لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خليت سبيلك فارقتك فهذه

لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سوال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا ورد امثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب انما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيما لان الغضب يدل على ارادة الطلاق عن ابي يوسف في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لانهما من الفاظ السب

اربعة الفاظ ذكرها الولوالجي وذكرها العتابي خمسة لا سبيل لا ملك خليت سبيلك الحقي باهلك جبلك على غاربك وفي الايضاح وفي شرح الجامع الصغير لشمس الائمة ذكر خمسة هي هذه الا انه ذكر مكان جبلك على غاربك فارقتك فتمم ستة الفاظ ووجه احتمالها السب ان لا ملك بمعنى انت اقل من ان تتسبي لي بالملك ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقي باهلك كذلك وجبلك على غاربك اي انت مسيبة لا تستقل احدا بدونك اذ لا طاقة لاحد بجار تبك وفي رواية جامع فخر الاسلام والغوائد الظهيرية ان ابا يوسف احتمالها الثلاث التي لا يدين فيها في الغضب كما لا يدين في المذاكرة وهي اعتدي اختاري امرك بيدك وفي شرح مختصر الكرخي قال ابو حنيفة لا سبيل عليك تقتضي استيفاء اخرجي اذهبي قومي تزوجي لا نكاح لي عليك يدين في الغضب لان هذه الالفاظ تذكر للابعاد وحالة الغضب يبعد الانسان الزوجة فيه وكذا في حال ذكر الطلاق وهذا لانه لا سبيل لي عليك يحتمل عدم الطلاق بمعنى ذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقي وانتقلي كالحقي والرواية في احرمتك طلاقك ظاهرة وعن ابي يوسف يقع خلافا لهما وفي النوازل عن ابي حنيفة رح ليس الطلاق في يدها لانه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق انشأت كما كان للزوج ولو قال طلاقك علي لا يقع اصلا وروى الحسن عن ابي حنيفة رح لو قال وسبتك لا بيك او لا بنك او للازواج فهو طلاق لان المراة ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ولو قال لاختك او خالتك او عمتك او لفلان الاجنبي ونحوه لم يكن طلاقا وان نوى لانها لا ترد بالطلاق عليهم ولو زاد على اذهبي فبيعي ثوبك فلا يقع عند ابي يوسف رح خلافا لزفر رح لان اذهبي يعمل فيه للطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق ولابي يوسف رح ان معناه عادة لاجل البيع فكان صريحه خلاف المنوي من الكنايات تنحي عني فاختلفا فلم يبق بيني وبينك عمل فيقع اذا نوى وقيل لا وشملك لم يبق بيني وبينك شئ وفي اربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع الا بالنية الان يقول عذي ايها شئت ثم عن محمد رح في رواية اسد يقع ثلث وقال ابن سلام اخاف ان يقع ثلاث لمعاني كلام الناس كانه يريد ان مراد الناس بمثله اسلكي الطرق الاربعة والا فالملفظ انما يعطى الامر بسلوك احدها والاوجه ان يقال يقع واحدة بائنة ومنها نجوت مني وقال المتاخرون في وهبتك طلاقك لا يقع وقيل يقع ولا يقع في بتتك طلاقك وان نوى او صحت عنه ولا اجبت طلاقك ورضيقه او هوته او اردته وان نوى واما طالق بلا قاف فالطلاق بعضهم الوقوع وفضل بعضهم فقال مع اسكان اللام يحتاج الى النية ومع كسرها يقع بلا نية والوجه اطلاق التوقف على النية مطلقا لانه بلا قاف ليس صريحا لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فانتفى لغة وعرفا فصدق قضاء مع اليمين هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق اما في حالة مذاكرة الطلاق او الغضب فيقع قضاء لاسكانها او لانه فيها النظير المذكور لانه الوقوع بالملفظ له ولا اعم منه ليكون كناية وليس بجائز فيه وهذا البحث يوجب ان لا يقع بها اصلا وان نوى ومثل هذا البحث يجري في التطليق بالتعجي كانت طالق لان لا يقع طلاق ولا كناية لان موضوعها يحتمل اشياء واوضاع هذه المسميات هي حرف ولذا الوقوع قرائية السجدة تجيبا لا يجب السجدة لانه ليس قرانا ولا مختص للامر استعمال في الصحيح والا كتفا فيكون للفظ دالا عليه وضعا او عرفا وح يقع بالتعجي في القضاء ولو ادعى عدم النية وكذا بطالق بل قاف وفي قوله لآخر احمل اليها طلاقها او خبر بها او بشرها بالطلاق في الحال لان الحمل لا يتحقق قبل الحمول بينهما انت علي كالميتة او الدم او لحم الخنزير يقع بالنية وفي الكافي للشهيد اذا قال لامراته هذه عمتي او خالتي او محرم من الرضاع وثبت عليه بان سئل عن ذلك فاصر عليه فرق بينهما ولو قال كذبت او مزحت او وهمت او نسيت يصدق ولا يفرق استحسانا والقياس ان يفرق مطلقا ولا يصدق لانه اقر بالتحريم وجه الاستحسان ان هذا ايجاب تحريم فلا يقع الا بالدوام عليه ولو قال لها هذه بنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لان الظاهر يكذبه وكذا في حق الحرام معروفة ان لم يكن لها نسب معروف ومثلها يولد مثله وثبت عليه فرق وكذا اخي واختلف في لست لي بامراة وما انا لك بزوج فنوى الطلاق

الوقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رحمه يقع بها رجعي كما من الواقع بها طلاقا الا انها كنايات عن الطلاق وعلى انها تشترط النية ويقتضي بها العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا يسد عليه باب الندارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها

فيقع عند ابي حنيفة رح وقالا الا ان نفى النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم اتزوجك ووالله ما انت لي بامرأة او سنحل بل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا هنا وله انها تحتمل اني لست لي بامرأة لاني طالقتك فيصح نفيه كما في لا نكاح بيني وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين انه اراد الاخبار عن الماضي لانفي الحال لان الحالف يكون فيما يدخله الشك لانفي انشاء النفي في الحال وقوله لم اتزوجك محمول ولا يحتمل الانشاء اذ الطلاق لا يتصور بلا نكاح وكذا بدلالة السؤال عرف انه اراد النفي في الماضي وفي فتاوى صاحب المنافع اذا قالت لزوجها لست لي بزوج فقال صدقت ينوي طلاقها يقع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وعلى هذا الخلاف اذا قال لست اوانا لست امرأتي او لست بامرأة او انا لا ازوجك عنده يقع بالنية والنياء **ومنه** يفصل بالكنايات الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا او عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة اصلا لا يقع نوى به او لم ينو وكذا اذا كتب على لوح او حائط او ارض او في كتاب الا انه لا يستبين لا يقع وان نوى به الطلاق لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حرف فلو وقع وقع بمجرد النية فان كان مستبينا لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فانه ينوي فيه كالكلام الكنى لا يقع الا بالنية لان الانسان قد يكتب مثله للايقاع وقد يكتب لتجربة الخط فان كان صحيحا بين بنية بلسانه وان كان احسن بين بنية بكتابة هذا اذا لم يكن خطابا او رسالة فلو كان على رسم كتب الرسالة بان كتب اما بعد يا فلانة فانت طالق او انت حر واذا وصل اليك كتابي فانت طالق فانه يقع به الطلاق والعتاق ولا يصدق في عدم النية كما لو قال انت طالق ثم قال نويت من وثاق لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ثم يقع عقيب الكتابة اذا لم يعلقه مثل ان يكتب امرأته طالق او فلانة بخلافه ما اذا كتب اذا وصل اليك فانه لا يقع بدون الوصول اليها وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه اذا وصل اليك كتابي فانت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وانفذه وسطر باقيه وقع اذا وصل ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع وان وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الائمة الثلاثة وما وقع في تفصيل بعضهم من انه اذا محا ما سوى كتابة الطلاق وانفذه فوصل اليها لا يقع فمبني على ان الرسالة المتضمنة للطلاق لا يكون كتابا وفيه نظر وما قيل من انه لو محى اكثر ما قبله فارسله لا يقع البعد من الاول اذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر اكثر الحوائج وليس لامر كذلك ولو كتب الصحيح الى امرأته بطلاقها ثم انكر الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى ان كان لم ينو به الطلاق في امرأته ولو كتب اليها اما بعد انت طالق ان شاء الله تعالى ان كان موصولا بالكتابة لا تطلق وان كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب ان شاء الله تعالى يقع الطلاق لان المكتوب له الغائب كالملفوظ كذا في الفتاوى الكبرى للخاصة وفي الخلاصة وفيها مغزوا الى المنتقى اذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخ في كتاب آخر او امر غيره حين كتب ولم يملي هو فاتاها الكتابان طالقتين قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى وعلى هذا لو وصل احدهما تقع واحدة قضاء وديانة ولا يخفى ان هذا فيما اذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب واما اذا لم يكن معلقا فلا اشكال في انه يقع ثنتين قضاء لا ديانة الا ان ينوي به طلاقا آخر وكلما ذكرناه ثابت في حق الاحرس نحو ان كان يكتب وانما يعرف منه ذلك بان يسأل بكتابة فيجب بكتابة بالنية فان كان لا يكتب وله اشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه وان لم يعرف منه ذلك او شك فيه فهو باطل وهذا استحسان والقياس في جميع ذلك انه باطل لانه لا تكليم وقد ذكر المصنف احكام الاخرس من هذه في آخر الكتاب **قوله** ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص ولانا حاجة الى اثبات الاول بانها كنايات عنه حتى اريد به هو بها ليدفع بان كونها كنايات مجاز بل هو ابين بحقيقتها كما يستدل بل يكفي بالاتفاق على ان الواقع طلاق والبائن بالنص فان قيل النص انما افاد الرجعة بالطلاق

والشرط تعين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما يصح نية الثلث فيما التنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى

الصريح معناه لان قوله تعالى الطلاق مرتان المعقب بقوله وبعولتهن احق بردهن اعم من الطلاق الصريح وغيره ولان النسبة الى معنى اللفظ لا الى اللفظ غير انه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها اعني فصل الاقتداء لما عرف من ان الاقتداء لا تحقق الا بالبينونة والا يذهب بالها ولا يفيد والحاصل ان الكتاب يفيد ان الطلاق يعقب الرجعة الا ما كان على مال او ثلث واستدل المصنف بقوله ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولنا استشعر منع ثبوت الولاية شرعا اثبتها بقوله لحاجة ماسة الى اثبات الابانة كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بان المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعا لحاجته لانه لولا بانها بالثلث عصى ولو طلقها رجعيا ربما يبدو له في الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانيا وثالثا فيؤدي الى استغفار العدد وهو حرام وفيه سد باب التدارك فشرع له الابانة على وجه يمكنه التدارك ببقاء المحلية حتى لو بدا له امكنه التزوج ولا يخفى بعده عن اللفظ والاوجه في العبارة هكذا قد يحتاج الى الابانة والثلث بكلمة حرام وتقريرها على ما ذكر كذلك فلزم ان يشرع له الابانة على هذه الصفة يعني شرع الواحدة البائنة والاقرب الى اللفظ ما قيل انه قد يحتاج الى الابانة كيلا يقع في الرجعة بغير قصد منه بان يقع المرأة فتقبله بشهوة فيصير رجعة وهو لا يريد ما فيحتاج الى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك فهو لاجل ذلك محتاج الى ان تشرع له الابانة كذلك كيلا تفوت عليه هذه المصلحة ودفع بان هذه مصلحة وثبوت التمكن من اعادتها اذا ظهر له من نفسه طلبها وتغيرا به مع ان الانسان محل التغير مصلحة اخرى كبيرة واكثر ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة اكثر من وقوع طلاق لم يتبع النفس بعده الى مراجعة ومع الابانة لها ان تمتنع فيحصل له ضرر شديد وهذه لا تترتب الا على عدم الابانة فاقتضت عدم شرعيتها بخلاف تلك اذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الابانة بيسير من الاحتراس من فجاتها مقبلة ونحوه فكان اعتبار منع الابانة اجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الاخرى فان ارادت تخصيص نص عقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالاقتداء ايضا لان التخصيص بالقياس بعد التخصيص النص جائز لم يتم المعنى فيه لم يلزم لان حاجة الى الخلاص بالابانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الابانة على وجه لا يعقب الندم بتركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة او تفريق الثلث على الاطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة واذا رجعنا كراهته الواحدة البائنة في اوائل كتاب الطلاق بعد ما حققنا بسبب تحقق الحاجة الى الابانة من الفطام هذا ولا يخفى ان المنفيين اعني عدم الاقتداء باب التدارك وباب الرجعة اذا تغيرا به بين باب دفع المفسدة لاجل المصلحة والوجه في الاستدلال ان يقال لما ثبت الشرع الايقاع بهذه الالفاظ فقد اثبت الابانة لانها معناها وقوله الطلاق مرتان اي المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصا عنده فانه غير مكروه ايضا لفظ بائن مثلا يقع به البينونة الغليظة بضم واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع به الغليظة وقع به الخفيفة وايضا خص منه الطلاق بمال فلم يبق العموم مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد اخرج منه ذلك حين ثبت شرع الايقاع بلفظ بائنة مثبت ايضا اخراج الواحدة البائنة بلا مال يعقب الرجعة لان شرع الايقاع به موجعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة والدلالة على ايقاع الثلث شرعا به كخليفة صلى الله عليه وسلم ابا ركانة حين طلقها البتة انه ما اراد الا واحدة وشرح قوله وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها يعني لا تردد في المراد للقطع بان معنى بائن الخفي الذي هو ضد الاتصال مراد وكذا البت والبتل القطع والتردد انما هو في متعلقها اعني الوصلة وهي اعم من وصلة النكاح والخيارات والشرفاذ اليقين بالنية على بخفيفته وكذا منى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة اليه اولى

ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر له انه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي فقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه لانه نوى بالاولى الطلاق وبالثانية والثالثة الاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلاث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه ظاهر يكذبه بخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاولين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاولين لم تكن حال مذاكرة الطلاق

غيره من الرجال قاذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه وانما اطلق عليه كناية مجازا المتردد في ذلك المتعلق الذي يتعين المفرد المستعمل فيه اللفظ والوجه ان اطلاق اسم الكناية حقيقة لان الكناية لا تساوي المجاز بل قد تكون حقيقة لانه يتعدد المعنى وقد يكون حقيقة فيها وقد حقق في نحو طويل النجاد وكثير الرماد ان المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد لكن لا يقتصر عليه بل يسعر منه الى طول القامة وكثرة الاضياف والوجه ان يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازا عن الطلاق وتحقيقه ان مشتركا يستوي من قبيل المشكل فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك فاذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل كل كلام من زيد وعمرو وغيرهما والوجه ان يقول تعوامل بحقائقها او بحقيقة ما استعملت فيه وهذا لان نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو البينونة وكذا وهبتك لاهلك لتعذر حقيقة الهبة اعني التمليك فهو مجاز عن رد ذلك على ما قدمناه وقياس الباقي سهل وبهذا ظهر انه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لانها هي معنى اللفظ الذي لا فرد وهي متنوعة الى غليظة وهي الثنتان على الثلث وحقيقة كالمتربة على الخلع فايهما اراد وقع ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلثا وحاصله ان ما يثبت عند طالق شرعا لازم اعم يثبت عنده وعند هذه الالفاظ والخلع فقولنا يقع بها الطلاق رج معناه يقع لازم مفهوم لفظ الطلاق شرعا واستناص عدده هو يفيده وقوع ذلك اللازم واستكماله بذلك وبارسال لفظ الثلاث بل لازم وقع الطلاق وقوع اللازم الشرعي لانه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما اسلفنا في فاتحة كتاب الطلاق فارجع اليها فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تاويل وتقرير المصنف ان الواقع البينونة بالكنايات ثم ينقص العدد بناء على زوال الوصلة وهذا جواب عن قول الشافعي رح وينقص به وهو بناء على انه غير وانت تعلم انه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوالها في الفسوخ مع عدم الطلاق والجواب ان زوال الوصلة لا بد ان يستتبع في غير الفسخ النقصان والاتفاق على ان الثابت بالكناية ليس فسخا فلزمه نقصان العدد قوله والاصح نية الثنتين امي بالكنايات عندنا خلافا لزفر وقد بيناه من قبل في باب ايقاع الطلاق في التطليق بالمصدر قوله ولو قال لها اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوها ان ينوي بكل من هذه الالفاظ طلاقا او بالاولى طلاقا والاخريين حيضا او بالاولى حيضا والاخريين طلاقا او بالاولى والثانية طلاقا والاخيرة حيضا او بالاولى حيضا والاخريين طلاقا وفي هذه الوجوه الستة تطلق ثلثا او ينوي بالثانية طلاقا والاخيرة او بالاولى طلاقا او بالثانية حيضا والاخيرة او بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا والاخريين طلاقا والاخيرة او بالاولى حيضا والاخريين حيضا والاخيرة او بالاولى والثانية طلاقا والثالثة حيضا او بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا او بالاولى والثانية حيضا او بالثالثة طلاقا او بالاولى والثالثة حيضا والثانية طلاقا او بالثانية حيضا والاخيرة في هذه احد عشر وجها تطلق ثنتين وينوي لكل منها حيضا او بالثالثة طلاقا والاخيرة او بالثالثة حيضا والاخيرة طلاقا وبالثالثة حيضا والاخيرة او بالثانية والثالثة حيضا او بالاولى طلاقا والاخريين حيضا والاخيرة في هذه الوجوه الستة تطلق واحدة او لم ينو لكل منها شيئا فلا يقع في هذا الوجه شيء والاصل انه اذا نوى لطلاق بواحدة ثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم نية شيء مما بعدها ويصدق في نية الحيض لظهور الامر باعتداد الحيض عقيب الطلاق واذا لم ينو الطلاق وشيء صح وكذا كل ما قبل المنوي منها ونية الحيض في واحدة غير مسبوقة بواحدة منوي بها الطلاق يقع بها الطلاق وينبت بها حالة المذاكرة فيجري فيها الحكم المذكور لما بخلاف ما اذا كانت مسبوقة بواحدة اريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق ولا يخفى التخريج بعد هذا وان هذا فيما اذا كان الخطاب مع مدخول

وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية فانما يصدق مع اليمين لانه يحلفه في الاحبار تحليفا ظاهرا والقول قول الانسان مع يمينه

من ذوات الحيض فلو كانت آيسة او صغيرة فقال اردت بالاول طلاقا وبالباقي تربصا بالاشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التاكيد كانت طالق طالق طالق لاقتضاء انه خلاف الظاهر وعلمت ان المرة كالتاضي لا يحل لها ان تمكنه من نفسها اذا علمت منه بالظاهر خلاف مدعاه وقد ظهر ما ذكرنا ان في حال مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السوال وهو خلاف ما قد موه من انها حال سوالها او سوال الاجنبي عنها بل هي اعم من حالة السوال للطلاق ومن مجرد ابتداء الايقاع ثم على هذا القائل ان يقول المذاكرة التي يصير الكناية معها ظاهرة في الايقاع انما هي سوال الطلاق لان ذكر الكناية الصالحة للايقاع دون الرد عقيب سوال الطلاق ظاهر في قصد الايقاع به فيمنع قبول دعواه عدم ارادة الطلاق بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بايقاع الطلاق مرة فان الايقاع مرة لا يوجب ظهور الايقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح لظاهر في الايقاع حتى لا يقبل قوله في عدم ارادته بالكناية **قوله** وفي كل موضع يصدق الزوج في نفي النية انما يصدق مع اليمين الخ قد منا بيانه ونقله من الكافي للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الالزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيفتوى باليمين والاقرب انه لنفي التهمة اصلا حديث تحليف ركانة التقدم فرجع طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنا صارت بائنة وقال محمد رح لا تكون الا رجعية ولو قال جعلتها ثلثا صارت ثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون الا واحدة لان الواحدة لا تكون ثلثا وله رح في الاول ان جعله الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه قولنا يملك البائن لما ذكرنا تحريرا لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء باصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة فاذا ابانها التحق باصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان يملك الاصل ووصفه وذلك الحاق وصفه باصله كتقييد عفو الفضولي واعلان الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا والبائن لحقه الصريح لا البائن الا اذا كان معلقا فلو قال لها بعد الخلع انت طالق وقع الطلاق عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ولو قال ان دخلت الدار فانت بائن ينوي الطلاق ثم ابانها فدخلت في العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا لزفر رح اما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني الخلع ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب فنوض على وقوع الثالثة بعد الخلع وعن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم المخلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وهذا العقد الحكمي لبقاء احكام النكاح وانما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف في المحل كالحيض ولهذا الحق البائن الصريح بل اولى لبقاء الاستمتاع والحق عدم البائن البائن فلا امكان جعله جزاء عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضروري حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغي ان يعتبر ويثبت الحرمة الغليظة لانها ليست ثابتة في المحل فلا يمكن جعله اخبارا عن انها ثابتة فتجعل انشاء ضرورة ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلنا لانه صح تعليقه فلم يكن جعله خبرا عن صدر وارد عليه ان مثله لازم في انت طالق فلزم ان لا يلحق الصريح الصريح اجيب بانه لا احتمال فيه لان انت طالق متعين للانشاء شرعا ولو قال اردت به الاخبار لا يصدق قضاء وفي مستثنى اذكر انت بائن ثانيا ليجعل خبرا عن الذي وقع اثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق وقد عرف من سند اللهم الا الذي اطبقوا عليه ان المراد من البائن الذي لا يلحق هو البائن بلفظ الكناية لانه هو الذي ليس ظاهرا في الانشاء في الطلاق وبه يقع الفرق بين الصريح انت طالق انت طالق وانت بائن ولا نهم جعلوه مقابل الصريح ولا يقابله البائن الا اذا كان كناية لان الصريح اعم من البائن لانه لا يحتاج الى نية بائنا كان او لم يقع به رجعيا والكناية ما يحتاج اليها غير انه لا يقع بها في غير الثلاثة الا لفاظ اعتدي استبري رحمك انت واحدة البائن ستة الفاظ اضيفت فقط من الزيادات الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا والصريح يلحق البائن وان لم يكن رجعيا وقوله الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا لا يتصور

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار اذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق لان معناه اختاري نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت عنه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة تملك المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم اجمعين

لان البينونة سابقة بمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بابانة فاذكر من انه اذا بانها ثم قال لها انت طالق بائن ينبغي ان يقع بائن هو اذكر من عدم تصور الرجعة وكان ذكره وتركه سواء وما زاد في تعليل الانصاف في هذه المسئلة في الحاوي من قوله ينبغي تصحيحا للكلام لا ينبغي له وعلى هذا اقتصر في اللامية ومحله اذا كان ذكر ذلك على هذا الخلاف في واقعة وقعت في جلب من الخلاف في واقعة وقعت في جلب من الخلاف في واقعة وقعت في جلب من

ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر

طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك وان طال ويدا واكثر ولم تتبدل بالاعمال فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين قال ابن المنذر اختلفوا في الرجل يخير زوجته فقالت طائفة امرها بيدها فان قامت من مجلسها فلا خيار لها وبنحو هذا القول عن ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم وفي اسانيدها مقال وبه قال جابر بن عبد الله وقال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان الثوري والاوزاعي والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي وفيه قول ثالث وهو ان امرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره وبهذا قول الزهري وقتادة وابي عبيد وابن المنذر وبه نقول ويدل على صحته قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها لا تعجلي حتى تستأمري ابويك وعلى صاحب المتن هذا القول عن علي فاعترض على نقل الاجماع والجواب ان الرواية عن علي رضي الله عنه لم تستقر فقد روي عنه كقول الجماعة ولذا رفض في بلاغات محمد رحمه الله ما قاله بالاقتصار على المجلس قال بلغنا عن عمر وعثمن وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون اجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم وبين من نقل من التابعين لقول الاول ممن نقل عنهم الشافعي وقوله في اسانيدها مقال لا يضر بعد تلقي الامة بالقبول مع ان رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة واما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها لا تعجلي الخ فضعيف لانه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهو ان وقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها الا ترى الى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا **قوله** ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعي جوابا في المجلس اورد لو كان تمليكا لم يبق الزوج مالكا للطلاق في ذلك المجلس لاستحالة كون الشيء مملوكا كله لاكثر من واحد في زمان واحد وهو منتف فانه لو طلقها بعد التخيير وقع وايضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث وقد نقض محمد رحمه الله على انه يحنث وهو يقتضي ان تكون ناتية عنده وايضا يصح عندنا توكيل المديون بابراء نفسه وهذا يرد على تعليل كونه تمليكا بانها عاملة لنفسها واجيب بان المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل باختياره بحيث لا يلحقه اثم على نفس الفعل ولا خلاف في عدم فعله بخلاف الوكيل فانه مخالف ان لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فان تمليك الفعل هكذا اولزوم انتفاء الملك بالتمليك في الاعيان لا في ملك الافعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كالاذن وهو الاختصاص وستلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد رح والمنع مذكور في الزيادات لصاحب الهداية واما المديون فوكيل وانما وقع عاملة في الابراء لرب الدين باعتبار امره وثبت اثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته وفي هذا نظر بحسب ما في تعليقها نفسها بان يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الايقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمنا ولو التزم كون المديون مملكا لم يصح لانتقاء لازمه لان للدائن ان يرجع قبل الابراء وسنذكر ما هو الاوجه واعلم ان الجواب الذي يستدعيه التمليك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تعليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزما للمطلوب ولهذا قال في الذخيرة ان هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة ولا يتوقف على القبول فظهر ان التمليك بخصوصه لا يستدعي الجواب الذي يتم به التمليكات ولكونه تمليكا يتم بالملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمنا معنى التعليق لانه اعتبار يمكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى اذا بعته فقد اجزته والولايات لتضمنها اذا حكمت بين من شئت فقد اجزته فكان ينبغي ان لا يصح الرجوع والعزل فيها فلا حاجة اليه لهذا المعنى لانبنائه على ما ذكرنا لكن اذا كان الملك يثبت فيه بالملك وحده لم يصح القول بانه يخالف

اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غير هما فيبطل خيارها بالقيام لانه بمنزلة الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان للفسخ هناك لا افتراق من غير قبض ثم لا بد من نية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها وفي تصرف آخر فان اختارت نفسها كان قولها اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسنا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه بسبيل من ان يستبرىء لكنها اذا قامت مقام نفسه في حق هذا الحكم تقع الواقع بها بائنا لان اختيارها نفسها يثبت اختيارها ضمنا بها وذلك في البائن ولا يكون الثلاث ان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع مجلس الابانة لان البينونة وقت تنوع قال ولا بد من ذكر النفس في كلامه اي في كلام الزوج حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو بائن لانه عرف بالاجماع وهو في المفسر من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكذا هما خرج جوابا للاول فيقتضي اتحاد

سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس بل بقاؤه وهو الموافق لسائر التمليكات التي ثبت الملك عندنا وانما جاز لها بما ذكرنا وباعتبار اقتصاره على المجلس والمستند فيه اجماع الصحابة وانما ان الاقتصار على المجلس في الخطاب المطلق انما كان لدلالة حال المتكلم فمتى تحققت فهو لها في المجلس وغيره واذا فوض فهي غائبة اعتبر مجلس علمها ولو قال جعلت لها ان تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في هذا اليوم فلو مضى اليوم ثم علمت تخرج الامر عن يدها وكذا لو كان وقت التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها في المجلس وليس للزوج ان يرجع قبل انقضاء المجلس لانه بمعنى اليمين اذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ما هو التحقيق **قوله** اذ مجلس الخ لو كانا يتحدثان فاخذا في الاكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الاكل فلو انتقلا الى المناظرة انقضى مجلس الاكل وجاء مجلس المناظرة ولو خيرها طيبت ثوبا او شربت لا يبطل خيارها لان العطش قد يكون شديدا يمنع من التامل ولبس الثوب قد يكون لتدعو اشهوا بخلاف ما لو اكلت ما ليس تليلا او امتشطت او اقامها الزوج قسرا فانه يخرج الامر من يدها لظهور الاعراض به ووجه في الاقامة انها يمكنها مما نعته في القيام او تبادر الزوج باختيارها نفسها فقدم ذلك دليل الاعراض وكذا اذا خاضت في كلام اخر قال تعالى حتى يخوضوا في حديث غيره افاد انه اعراض عن الاول **قوله** ثم لا بد من النية اي نية الطلاق في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها بالاقامة على النكاح وعدمه ويحتمل تخييرها في غيره من نفقة او كسوة فاذا اختارت نفسها فالامر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه اما اذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم انو الطلاق لا يصدق في القضاء وكذا اذا كانا في غضب واذا لم يصدق في القضاء لا يسع المراة ان تقيم معه الا بنكاح مستقبل **قوله** والقياس ان لا يقع بها شيء لان التمليك فرع ملك الملك وهو لا يملك الايقاع بهذه اللفظة لو قال اخترت نفسي سنك واخترتك من نفسي نادما لا يقع الا انا استحسنا الوقوع باجماع الصحابة رضي الله عنهم **قوله** ولانه بسبيل الخ غاير هذا وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ويقتضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة وهو لا يقتضي ذلك وانما يقتضي جواز اقامتها مقامه في الفراق والاتاني هنا بل يقتضي ان لا يقع به لان اقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الايقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس **قوله** ثم الواقع بها بائن روى عن زيد بن ثابت انه ثلث وبه اخذ مالك في المدخول بها وفي غير ما يقبل ستة دعوى الواحدة وعن عمر وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم واحدة رجعية وبه اخذ الشافعي واحمد وثبت عن علي رضه ان الواقع به واحدة بائنة توسطا بين الغايتين ورجح قول عمر وابن مسعود رضهما بان الكتاب دل على ان الطلاق يعقب الرجعة الا ان تكون الطلقة الثالثة وانت علمت اذا خرج منه الطلاق بمال وقبل الرجوع ولزم اخراج الطلاق بمال وعلى البينونة من الالفاظ على ما اسلفناه ولفظ اخترت نفسي بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها اذا اختارتها لانه ينبني عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة والا لم تحصل فائدة التخيير اذا كان له ان يراجعها في الحال شاذت اوايت وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود رضه ان الواقع بها بائنة كما روي عنها الرجعية فاختلفت الرواية عنها وقد ترجح بما ذكرنا قول علي رضه وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم ثم هو غير متنوع لانه انما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم بخلاف انت بائن ونحوه فانه يقع الثلث في قوله اختاري وان نواها بخلاف التفويض بقوله امرك بيدك حيث تصح نية الثلث فيه لان الامر شامل بعمومه لمعنى الشان للطلاق فكان من افراده لفظا والمصدر يحتمل نية العموم وقيل الفرق ان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس باجماع الصحابة رضهم واجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل اي بائن ونحوه لان الوقوع يقتضي نفس الالفاظ ومقتضاها البينونة وهي متنوعة وفيه نظر لانتفاء اجماعهم على الواحدة مما قد منا من قول زيد بن ثابت ان الواقع به ثلث قولا بكمال الاستخلاص من **قوله** ولا بد

وكذا لو قال اختاري اختياري فقالت اخترت لان لها من الاختيار والاختيار واحتيارها نفسها هو الذي يتحقق مرة ويتعدد اخرى وفسر مفسر من جانبه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذ نوى الزوج لان كلا مما مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي فهي طالق وقع الطلاق ولغت ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد ما لم تعقبه فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي مرة لا تنحصر لان حديث عائشة رضي الله عنها انها قالت لان اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا صحيحا لان هذه العبارة حقيقة في الحال ومجاز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة وتجلاء قولها طلقت نفسي لانه يتقن رحمله على الحال لانه ابين بحكاية عن حالة قائمة لانك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قالت اختارك اختارك فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة

من ذكر النفس في كلامه او كلاهما يعني او ما يقوم مقامه كالاختيار والتطليقة وكذا اذا قالت اخترت ابي او امي او الازواج او اهلي بعد قوله اختاري يقع لانه مفسر في الازواج ظاهرا وكذا اهلي لان الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت اهلي انما يكون للبينونة وعند الوصلة مع الزوج وكذا تطلق بقبول الزوج الحق باهلك بخلاف قولها اخترت قومي او ذا رحم محرم لا يقع ويتبغي ان يحمل على اذا كان لها اب او ام اما اذا لم يكن ولها اخ ينبغي ان يقع لانها تكون عنده عادة عند البينونة اذا عدمت الوالدين وانما اكتفى بذكر هذه الاشياء في احد الكلامين لانها ان كانت في كلامه يضمن جوابها عادة كانها قالت فعلت ذلك وان كان في كلامها فقد وجد ما يخص البينونة في اللفظ العامل في الايقاع فلا حاجة معه ليس الا الى نية الزوج فاذا فرض وجودها تمت عليه البينونة فيثبت بخلاف ما اذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لان المبهم لا يفسر المبهم اذ لفظ اخ مبهم ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال او حال او سكن وغيره وايضا الاجماع انما هو في المفسر من احد الجانبين والايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ولو لا هذا لامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد ان نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل والاوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له اصلا كما سبقني وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي برجع واحمده بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي لا بل زوجي يقع ولو قدمت زوجي لا يقع والوجه عدم صحة الرجوع في الاول وخروج الامر من يده في الثاني ولو قالت اخترت نفسي او زوجي لم يقع ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم وليغو ما بعده ولو خيرها ثم جعل لها الفا على ان تختار فاختارته لا يقع ولا يجب المال لانه رشوة اذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها وهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة **قوله** وكذا لو قال اختاري اختيارة الخ يعني ان ذكره الاختيارة في كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها فلو لم تزد هي على اخترت وقعت بائنة ووجهه بان الواحدة للوحدة واختيارها نفسها هو الذي يتعدد مرة بان قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فانه انما يقع به واحدة ويتعدد اخرى بان قال لها اختاري اختاري اختاري او اختاري نفسك ثلث تطليقات وبانت فقالت اخترت يقع الثلث فلا قيد بالوحدة ظهر انه اراد تخيير ما في الطلاق فكان مفسرا لالتزام التناقض بانه اثبت هنا امكان تعدد الواقع ولو ثلثا ونفاه فيما تقدم بقوله لان الاختيار لا يتنوع مدفوع لانه لم يلزم حاد كرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة الى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر فان قيل اجماع الصحابة على المفسر ذكر النفس فينبغي ان لا يجوز لقولها اخترت اختيارة او اهلي ونحوه فان بنده لم يجمع عليها قلنا عرف من اجماع الصحابة رضي الله عنهم اعتبار مفسر انطاق من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر والمخصوص لفظ المفسر فعلوم الالغا واعتبار المفسر اعم منه حتى تخص بقرينة غير لفظية توجب ذكرنا من الوقوع بالفظ صالح ولو اختارت زوجها لا يقع شيء وعن علي تقع رجعية كانه جعل نفس اللفظ ايقاعا لكن قول عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعده علينا شيئا رواه الستة وفي لفظ في الصحيحين فلم يعد ذلك شيئا **قوله** فقالت انا اختار نفسي المقصود انها ذكرت بلفظ المضارع كاختار نفسي سواء ذكرت انا او لا ففي القياس لا يقع لانه وعد كما لو قال طلقي نفسك فقالت انا اطلق حيث لا تطلق وكذا لو قال لعبده اعتق رقبتك فقال انا اعتق لا يعتق ووجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين عنها قالت لما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم تخيير ازواجه بدأ بي فقال اني ذاكر لك امرا فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستامري ابويك وقد علم ان ابوي لم يكونا يامراني بفراقه ثم قال ان الله تعالى قال لي يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها الى قوله اجرا عظيما فقلت ففي هذا استامر ابوي فاني اريد الله

ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذا لاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان الجمع في الملك لا ترتيب فيه كالجمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضرورياته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت لاختيارة في ثلث في قولهم جميعا لانه اللغو فصارت كما اذا اصرحت بهما ولان الاختيارة للتاكيد وبدون التاكيد يقع الثلث فمع التاكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي واخترت نفسي بتطليقة

ورسوله والدار الآخرة ثم فعل ازواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت ففي لفظ لمسلم بل اختار الله ورسوله واعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لا يقال قد ذكرت ان التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس بمنزلة المتكلم فيه بل انهن لو اخترن انفسهن لطلقن لان المقصود الاستدلال به اعتداد صلى الله عليه وسلم جوابا يفيد قيام سنائه في الحال وقول المصنف ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال هو احد المذاهب وقيل بالقلب وقيل مشترك بينهما وعلى اعتبار جعله للحال خاصا او مشتركا فقضاياه رجح هنا ارادة احد مفهوميه اعني الحال القرينية تكون اخبارا عن امر قائم في الحال وذلك يمكن في الاضافة لان محله القلب فيصح الاخبار باللسان عما هو قائم بمحل الحال الاخبار كما في الشهادة وكلمة اشهد بخلاف قولها اطلق فقضى لا يكون جملة الاخبار عن طلاق قائم لانه انما يقوم باللسان فلو جاز قام به الامران في من واحد وهو محال وهذا بناء على ان الايقاع لا يكون بنفس اطلق لانه لا تعارف فيه وقد منا انه لو تعورف جاز ومقتضاه ان يقع به هنا ان تعورف لانه انشاء لا اخبار **قوله** ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر نفسها ذكره في الذخيرة لان في لفظه ما يدل على ارادة الطلاق وهو التعدد وهو انما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج وهذا يفيد عدم الاحتياج اليها في القضاء حتى اذا قال لم اقو لم يلتفت اليه ويفرق بينها لاعدم الاحتياج اليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وان كرر وفي الجامع قال اختاري اختاري اختاري بالف ينوي الطلاق فاشترط النية مع المال والتكرار فضلا عن احدهما وهذا لما عرف ان الاحوال شروط لكن في شرح الزيادات تقاضى فان لوكور فقال اركبي بيدك وامرك او فامرك بيدك بالفاء او الواو فقالت اخترت نفسي وقال الزوج لم انو الطلاق كان القول قوله لان التكرار لا يزيل الابهام وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه وتحقق في المسئلة خلاف بين المشائخ وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعتابي وغيرهما وشرط ابو معين النسفي النية مع التكرار كقاضيخان وممن استشهد بما استشهد نا به في لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو في القضاء ولا يخفى بعده في مسئلة الجامع للبين ذكر المال ظاهر في ارادة الطلاق فكيف يصدقه القاضي اذا التكرار ارادة الطلاق واما في الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما في نفس الامر اي يشترط للوقوع ثبوت النية في نفس الامر لان الاصل ان اثبات اجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع يجب لا يجب انما هو بالنسبة الى نفس الامر وليس كل ما يشترط في نفس الامر يشترط للقضاء غير انا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضي من انه لو انكر الطلاق يقبل قوله لم نؤده فالقول قوله لانتهاض الوجه لان تكرار امره بالاختيار لا يصير مظاهرا في الطلاق لجواز ان يريد اختاري في المال اختاري في المسكن ونحوه وهو كما عند احد يحكم به حيث يصدقه في اختارتني الطلاق لا مكان ارادة اعتدي نعم الله ومعاصيك ونحو ما في البدائع لو قال اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقالت نويت بالاولى طلاقا وبالباقيين التاكيد لم يصدق لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان المال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا ظاهرا ومثله في المحيط ظاهر وقال في الكافي في مسئلة الكتاب قيل لا بد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد التفريع دون بيان صحة الجواب وعلى هذا فينبغي ان حذف النية في الجامع الصغير لذلك **قوله** ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد الترتيب يعني هو في نفسه يفيد الفورية والنسبة المخصوصة فان بطل الباقي في خصوص هذا المحل لاستحالته في المجتمع في الملك اعني الثلث التي ملكتها بقوله اختاري ثلث مرات اذ حقيقة الترتيب في الافعال لا الاعيان كما يقال صام حج لم يجز البطال الآخر فيجب اعتباره **قوله** والكلام للترتيب ذكر في المبسوط للابي حنيفة رحمه الله وجهين احدهما ان الاولى نعت للمرئة فاسترعى مذكورا بوصفه والمذكور ضمنا الاختيارة وكانها قالت اخترت الاختيارة او المرة الاولى ولو قالت ذلك طلقت ثلثا والآخر انها اتت بالترتيب

تعم واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة ولو قال لها امرك بيدك ففي تطليقة واختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي متعقبة للرجعة

فيما لا يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا بالكل وبذا يتم الاشارة اليه بقوله ان هذا وصف للغو الى قوله في المكان فقوله والكلام للترتيب لمبتدإ وجيه يتضمن جواب قولها ان كان لا يفيد من حيث الترتيب الى آخره لا يطابق الوجه الاول والمراد بالكلام لفظ الاولى فان كثيرا من الاصوليين يطلقه على المفرد وبعضهم ينسبه الى كلهم ثم يرد عليه منع ان الافراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الاولى بل كل منهما مدلوله ليس احدهما تبعا للآخر حتى اذا نافى حق الاصل نافى حق التبع وهو الافراد واذا لغا يبقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا بالكل فيتقن ولذا اختار المصنف وهي قولها والجواب بعد تسليم ان الفردية مدلول تضمني فقد يكون احد جزئي المدلول المطابقي هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والافراد من ضرورته فينتفي التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك لانه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فالملحوظ الفردية حقيقيا او اعتباريا كالطائفة الاولى والجماعة الاولى الا من حيث هو متصف بتلك النسبة فاذا بطلت بطل الكلام وقد تضعف بعضهم تعليل ابي حنيفة رحمه الله بان الترتيب ثابت في اللفظ وان لم يكن ثابتا في المعنى فصدق ومفهما بالاولى والوسطى الخ باعتبار ان قوله اختاري اختاري جملة بعد جملة والحاصل من هذا اخترت نفسك الاولى او كلمتك الاولى ولا معنى له اصلا بعد فرض ايراد وصف الطلاق به والبعد من مرام الدفع عنه بان المعنى اخترت الايقاع بكلمتك الاولى لان الايقاع لا يكون بكلمة قط بل بكلمتها مريدة بها الطلاق ولو قال لها اختاري ثلثا فقالت اخترت اختيارة او الاختيارة او مرة او بمرة او دفعة او بدفعة او بواحدة او اختيارة واحدة يقع الثلث اتفاقا لانه جواب الكل حتى لو كان بال لزم كله **قوله** فهي واحدة يملك الرجعة وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والاوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الاسلام فان فيه ما في الهداية وجه الصحيح ان الواقع بالتخيير بائن لان التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وايقاعها وان كان بلفظ الصريح لكن انما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به اليها والصريح لا ينافي البينونة كما في تسمية المال فيقع به ما ملكته لانها لا تملك الا ما ملكت الا ترى انه لو امرها بالبائن فاوقعت الرجعي او بالعكس وقع ما امرها بايقاعه فان قيل ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصلح طلقت جوابا بالاختيار حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقي نفسك حتى لا يقع بشيء الا عند فرح وسنذكر جوابه في فصل الامر باليد **قوله** لكن بتطليقة قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقي نفسك وقد ذكرنا انه لا يقع باخترت جوابا لطلقي نفسك اجيب بان آخر كلامه لما فسر الاول كان العامل هو المفسر وهو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له **فرع** قال انت طالق ان شئت واختاري فقال شئت واخترت يقع تطليقتان بالمشيئة والاختيار ولو قال اختاري اختاري اختاري بالف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الاوليان بالشيء والثالثة بالف لانها المقرونة بالبدل كما في الاستثناء والشرط وكذا لو قالت اخترت نفسي اختيارة او واحدة او بواحدة ولو قالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة تطلق ثلثا بالف على قول ابي حنيفة رح وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شيء ان قالت اخترت الاولى او الوسطى وبالف ان قالت اخترت الاخيرة ولو قالت طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان التطليقة اسم للواحدة فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض فبعد ذلك تسئل المرأة عن ذلك فان قالت عنيت الاولى او الثانية وقعتا بلا شيء او الثالثة بانت بالف ولو قالت اختاري واختاري واختاري بالعطف بالالف فالالف مقابل بالثلث للعطف فلو قالت اخترت نفسي بتطليقة لم يقع شيء لان الواحد لو وقعت تبلث البدل ولم يرضه ولو قالت اخترت الاولى او الثانية او الثالثة وقعت ثلث بالف عنده وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع ثلث الالف ولو قال لها اختاري

فصل في الامر باليد قدم التخيير لتأييده باجماع الصحابة رضي الله عنهم والامر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس او المجلس مقامه ومن عدم ملك الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلث فانها تصح هنا لا في التخيير واعلم ان التفويض بلفظ امرك بيدك لا يعلم فيه خلاف وصحة قياس واستحسان وكذا صحة التفويض بلفظ اختاري نفسك لانه يملك تطليقها فملكه ان يملكه بكل لفظ يفهم التفويض له منه بلفظ اختاري نفسك يفيده فعلى هذا انما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختاري لتأييده باجماع الصحابة رضي الله عنهم فضلا بخلافه بلفظ الامر باليد فانه وان لم يعلم فيه خلاف احد لم يقع به ذلك النقل صريحا وانما افترق البابان في القياس والاستحسان في الايقاع بلفظ الاختيار فان ايقاعها به انما يجوز استحسانا باجماع الصحابة لا قياسا لان الزوج لا يملك الايقاع به فلا يملك به الممالك اذ لا يكون المالك اوسع حالا في ملكه وبذا تبين ان قياسا وفق البابان فان ايقاعها بلفظ اختارت نفسك تقع في جواب امرك بيدك كما يصح في اختاري وانما الايقاع بلفظ امري بيدي ونحوه فلا يصح قياسا واستحسانا فلا تحم حول الحمى وتنزل النزول مخافة قوله وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا اي ينوي التفويض في ثلث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا بالامر باليد وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلثا والوقوع يبنى على صحته جوابا فافاده بقوله لكونه اي الامر باليد تمليكا كالتخيير فجوابه جوابه وهو منقوض بطلقي نفسك فانه تمليك كالتخيير ولا يصح اخترت نفسي جوابا له حتى لا يقع به شئ الا عند فرح وجواب شمس الائمة بان الاختيار اضعف من لفظ الطلاق وكذا لو قالت طلقت نفسي فاجازه جاز ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وان اجازه ولا يملك هو الايقاع به فصلح الاقوى جوابا للاضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الاقوى يصلح جوابا للاضعف بالعكس يحتاج الى التوجيه ويمكن كونه لان الجواب العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقا او مساويا وفرق قاضي خان في شرح الزيادات بان قولها اخترت مبهم وقوله طلقي نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما قدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في احد الجانبين ثم افاد الثاني بقوله والواحدة اي التي تعلقت بها صفة الاختيار قصارا كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث وكان الظاهر ان يقول باختيارة واحدة لانه جعلها وصفا لها لكنه قصد التنبيه على ان موجب وقوع الثلث لو صحت بقولها باختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة فان الاختيارة ليست الا المرة من الاختيار واذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الخيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بان يقع الثلث ويقال في العرف تركته بمرة واحدة وكرهته بمرة واعرضت عنه بمرة واحدة وما يحصل من هذا الا ايراده الا بلوغ ما قيد به من الترك مثلا والكراهة والاعراض منتهاه واورد بعضهم انه ينبغي ان يقع به طلقة واحدة لان بواحدة تحتمل كونها صفة طلقة ولما جعل امرها بيدها في التطليق فقولها اخترت نفسي بواحدة تحتمل كلا من ارادة الموصوف طلقة او اختيارة فاذا نوتهما ولم تكن له نية تقع واحدة والجواب ان الاحتمالين لم يتساويا فان خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت في قولها اخترت نفسي بواحدة بخلاف ما اذا اجابت بطلقت نفسي واحدة حيث يقدر الطلقة وهو بخصوص العامل ايضا وبهذا وقع الفرق بين جوابها بطلقت نفسي واحدة حيث تقع واحدة بائنة فاخترت نفسي بواحدة حيث تقع ثلث وانما كان التطليقة بائنة لان التفويض انما يكون في البائن لانها تملك امرها وانما تملك بالبائن لا بالرجعي واذا علم ان الامر باليد حمل ما يراد به الثلث فاذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعد ما طلقت نفسها ثلثا في الجواب يحلف انه اراد به الثلث قوله وقد حققناه من قبل اي في فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع قوله ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد

فصل مع الامر باليد وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير وهو سنة فصاعدا وثنية فصاعدا فاذا قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ولو قالت اخترت نفسي بواحدة لم يقع الا واحدة لان الواحدة وصف للمرة لا للطلقة وكذا لو قالت طلقت نفسي واحدة لان الواحدة وصف للطلقة لا للمرة فصار كما لو قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وهذا بخلاف ما لو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد فلها ان تطلق نفسها في اليومين جميعا لان الامر باليد يحتمل التوقيت والتعميم والتخصيص وبنية التعميم والتخصيص نوت لانه لا يحتمل اليومين فقد حققنا من قبل ان الاحتمال الذي لا يحتمله اللفظ لا تصح نية التخصيص به فلغت نية التخصيص بيوم بخلاف قوله انت طالق واحدة في اثنتين نوى واحدة او اثنتين عند ابي حنيفة رح لان من للتبعيض فصح عند نيتها ثلثا لانها للبيان وهي معروفة

فصل في الامر باليد قدم التخيير لتأييده باجماع الصحابة رضي الله عنهم والامر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس او المجلس مقامه ومن عدم ملك الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلث فانها تصح هنا لا في التخيير واعلم ان التفويض بلفظ امرك بيدك لا يعلم فيه خلاف وصحة قياس واستحسان وكذا صحة التفويض بلفظ اختاري نفسك لانه يملك تطليقها فملكه ان يملكه بكل لفظ يفهم التفويض له منه بلفظ اختاري نفسك يفيده فعلى هذا انما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختاري لتأييده باجماع الصحابة رضي الله عنهم فضلا بخلافه بلفظ الامر باليد فانه وان لم يعلم فيه خلاف احد لم يقع به ذلك النقل صريحا وانما افترق البابان في القياس والاستحسان في الايقاع بلفظ الاختيار فان ايقاعها به انما يجوز استحسانا باجماع الصحابة لا قياسا لان الزوج لا يملك الايقاع به فلا يملك به الممالك اذ لا يكون المالك اوسع حالا في ملكه وبذا تبين ان قياسا وفق البابان فان ايقاعها بلفظ اخترت نفسك تقع في جواب امرك بيدك كما يصح في اختاري واما الايقاع بلفظ امري بيدي ونحوه فلا يصح قياسا واستحسانا فلا تحم حول الحمى وتنزل النزول مخافة قوله وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا اي ينوي التفويض في ثلث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا بالامر باليد وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلثا والوقوع يبنى على صحته جوابا فافاده بقوله لكونه اي الامر باليد تمليكا كالتخيير فجوابه جوابه وهو منقوض بطلقي نفسك فانه تمليك كالتخيير ولا يصح اخترت نفسي جوابا له حتى لا يقع به شئ الا عند فرح وجواب شمس الائمة بان الاختيار اضعف من لفظ الطلاق وكذا لو قالت طلقت نفسي فاجازه جاز ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وان اجازه ولا يملك هو الايقاع به فصلح الاقوى جوابا للاضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الاقوى يصلح جوابا للاضعف بالعكس يحتاج الى التوجيه ويمكن كونه لان الجواب العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقا او مساويا وفرق قاضي خان في شرح الزيادات بان قولها اخترت مبهم وقوله طلقي نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما قدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في احد الجانبين ثم افاد الثاني بقوله والواحدة اي التي تعلقت بها صفة الاختيار قصارا كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث وكان الظاهر ان يقول باختيارة واحدة لانه جعلها وصفا لها لكنه قصد التنبيه على ان موجب وقوع الثلث لو صحت بقولها باختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة فان الاختيارة ليست الا المرة من الاختيار واذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الخيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بان يقع الثلث ويقال في العرف تركته بمرة واحدة وكرهته بمرة واعرضت عنه بمرة واحدة وما يحصل من هذا الا ايراده الا بلوغ ما قيد به من الترك مثلا والكراهة والاعراض منتهاه واورد بعضهم انه ينبغي ان يقع به طلقة واحدة لان بواحدة تحتمل كونها صفة طلقة ولما جعل امرها بيدها في التطليق فقولها اخترت نفسي بواحدة تحتمل كلا من ارادة الموصوف طلقة او اختيارة فاذا نوتهما ولم تكن له نية تقع واحدة والجواب ان الاحتمالين لم يتساويا فان خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت في قولها اخترت نفسي بواحدة بخلاف ما اذا اجابت بطلقت نفسي واحدة حيث يقدر الطلقة وهو بخصوص العامل ايضا وبهذا وقع الفرق بين جوابها بطلقت نفسي واحدة حيث تقع واحدة بائنة فاخترت نفسي بواحدة حيث تقع ثلث وانما كان التطليقة بائنة لان التفويض انما يكون في البائن لانها تملك امرها وانما تملك بالبائن لا بالرجعي واذا علم ان الامر باليد حمل ما يراد به الثلث فاذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعد ما طلقت نفسها ثلثا في الجواب يحلف انه اراد به الثلث قوله وقد حققناه من قبل اي في فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع قوله ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد

وعن ابي حنيفة رح انها اذا ردت الامر في اليوم ليس لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كالا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد لانها اذا اختارت زوجها يرد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما

لم يدخل فيه الليل الخ حاصله ان قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان في حكمين احدهما انها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الامر من يدها فيه تملكه بعد الغد والثاني عدم ملكها في الليل وفي اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا يملك طلاق نفسها غدا امي نهارا او تملكه ليلا والفرق مبني على انه تمليك واحد في اليوم وغدا او تمليكان ففي اليوم وبعد غد وجعله وزفره في الكل تمليكا واحدا لم تثبت الخيار بعد الغد اذا ردته اليوم قياسا على طلاقي اليوم وبعد غد حيث لا يقع الا طلاق واحد فكذا يكون هنا امر واحد وعلى امرك بيدك اليوم وغدا فلنا الطلاق لا يحتمل الثابت فاذا وقع تقيد بالباقي جميع العمر فذكر بعد غد وعدمه سواء لا يقتضي طلاقا آخر اما الامر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير ان عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لها ظاهر في قصد تقييد الامر المذكور بالاول وتقييد امر آخر بالثاني والا لم تكن لهذه الظرفية معنى واذا كان كذلك يصير لفظ اليوم مقدرا غير محموم الى ما بعده في الحكم المذكور لانه صار عطف جملة اي امرك بيدك اليوم وامرك بيدك بعد غد فلو قال امرك بيدك اليوم لا يدخل الليل بخلاف اليوم وغدا فانه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور وكان جمعا بحرف الجمع في التمليك الواحد فهو كقوله امرك بيدك في يومين وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا على ان قياس ما روى ابن رستم من انه اذا قال طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين بخلاف اليوم وغدا ينبغي قياسه ايضا في طالق اليوم وبعد غد حيث يثبت فيه الحكم في الغد لانها طالق فيه ايضا بخلاف امرك بيدك اليوم وبعد غد فان الاتفاق على ان لا خيار لها في الغد فلم يلحق به من كل وجه وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به لتعليل الدخول الليل في التمليك المضاف الى اليوم وغدا انه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى اعني احتياج القوم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع **قوله** عن ابي حنيفة في مسئلة امرك بيدك اليوم وغدا انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا رواه ابو يوسف رح عنه ووجهه ان المرأة لا تملك رد الايقاع الزوج لو تجرد فكذا لا تملك رد الامر لانه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالايقاع منه وحاصله ان ردها لغو فالحال كما كان فلها ان تختار نفسها في الغد ومقتضى هذا ان لها ان تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه ايضا وصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيرها في اليوم وغدا واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الامر من يدها وتحقيق وجه الظاهر ان ثبوت هذا الملك يقتضي شرعا ما حد الامور من انقضاء مجلس العلم او الخطاب بلا اختيار شيء او يفعل ما يدل على الاعراض او اختيار ما زوجها فاذا ردت باختيار ما زوجها خرج ملك الايقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك ويضاف توقيت التمليك بهذه الى الاجماع على خلاف القياس مع ان توقيته في الجملة ثابت شرعا كما في الاجارة والاولى تشبيهه بالعارية لوجهين كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض والثاني ان توقيتها ليس بحد معينة لان انقضاء المجلس ليس مضبوطا الكيفية او قد يمتد يوما ويوما او اكثر وكذا اختيار ما زوجها وفعل ما يدل على الاعراض بخلاف الاجارة واما تقرير ربان التخيير بين الامرين انما له اختيار احدهما فكما انها اذا اختارت نفسها ليس لها ان تختار زوجها فتعود الى النكاح كذلك اذا اختارت زوجها ليس لها ان تختار نفسها فلا يفتح عن جواب النكتة التي هي مبنى جواز اختيار ما نفسها اعني ان الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد انما يرتد بشرط التمليك وقد قلنا ان هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور في رواية ابي يوسف رحمه الله على اختيار ما زوجها ولا شك انها لا تعرض لما به الرد فيمكن حمل رد على كونه بلفظ الرد ونحوه بان تقول عقيب الملك تخيرت ما رددت التفويض او لا اطلق ويكون هذا اعطاء لنفس هذا الحكم ويكون هو مستندا ومفرعا في الذخيرة حيث قال لو جعل امرها بيدها او بيد اجنبي يقع لازما فلا يرتد بردها والمسئلة مروية عن اصحابنا وبهذا ذكرنا تندفع المناقضة الموجودة في الامر باليد

وتمس ابي يوسف رحمه الله اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا ان لها ان تطلق نفسها اليومين لما انه ذكر لكل وقت خبرا على حدة بخلاف ما تقدم وان قال امرك بيدك
يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه
من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فاكتفت يوما ولم تقم فلا امر لها وتأخذ في عمل اخر
لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه من قبل

حيث صرح في الرواية انه لا يرتد بالرد وفي الكتاب انه يرتد اعني قوله في قوله امرك بيدك اليوم وغدا وان اردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها
فان المراد بردها اختيار زوجها اليوم وحقيقته انتهاء ملكها وهناك المراد ان تقول رددت فلم يبق تدارك لكن الشارحون قرروا ثبوت التدارك
في ذلك حيث نقلوا انه لا يرتد ونقلوا ان يرتد بالرد وقفوا بانه يرتد بالرد عند التفويض والا فلا يرتد كما اذا قال رجل لفصدقة ثم رد اقراره لا يصح وحاصله
انه كما لا براءة عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الاسقاط او التمليك اما الاسقاط فظاهر واما التمليك فقال تعالى
وان تصدقوا خير لكم سمى الابراء تصدقا وما وقع في هذا الباب من المناقضة ما ذكرنا في الفصول لو قال لامرأته امرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج الامر
من يدها وقال في موضع آخر لا يخرج وان كان الطلاق بائنا ووفق بان المخرج فيما اذا كان منجزا وعدمه اذا كان معلقا مثل ان قال كررت ازنم
فامرك بيدك ثم طلقها بائنا ثم خالعها ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الامر بيدها ولو طلقها ثنتا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن
المناقضة لتصريحهم بصحة اضافة كما في المسئلة الآتية اذا قال لها امرك بيدك يوم يقدم فلان وسياتي الكلام فيها **قوله** وعن ابي يوسف رح انه
اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران حتى لو اختارت زوجها اليوم لها ان تطلق نفسها غدا لانه ثبت لها في الغد تخيير جديد
بعد ذلك التخيير المقتضى باختيار الزوج قال السرخسي وهو صحيح لانه لما ذكر لكل وقت جزاء عرف انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد والاصل
استقلال كل كلام وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافا فلم يبق تخصيص ابي يوسف رح الا انه مخرج الفرع المذكور وانما علم انه يتفرع على هذا عدم
جواب ظاهر الرواية فلا تنفصل عنه لانه اثبت لها في يوم مقرون ولا يدخل الليل والثابت في اليوم الذي يليه بامر آخر كقوله امرك بيدك اليوم حيث
يمتد الى الغروب فقط بخلاف قوله امرك بيدك في اليوم انما يقيد بالمجلس وهو على ما قدمناه من الاصل في انت طالق غدا وفي غد وفي جامع التمرتاشي
امرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو امر واحد في ظاهر الرواية لانها اوقات مترادفة فصار كقوله امرك بيدك ابدا فيتكرر ثلاثا مرة وعن ابي حنيفة رح ثلث
امور لانها اوقات حقيقة **قوله** وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان صح ولنا ان تطلق نفسها يوم يقدم وهذا ايضا مما يفارق به سائر التمليكات فانها
لا تصح اضافتها والتعليق بها بخلاف هذا لانه انما هو تمليك فعل فلا يقتضي لوازم تمليكات الاعيان كما تقدم وقد يخرج على انه من معنى التعليق فان قيل يخالف
ما في شرح الزيادات لقاضيخان لو قال امرك بيدك فطلقي نفسك ثلثا للسنة او ثلاثا اذا جاء غد فقالت في المجلس اخترت نفسي طلقت ثلثا للحال ولو قامت
عن مجلسها قبل ان تقول شيئا بطل لان قوله فطلقي نفسك ثلثا تفسير للامر والامر باليد يحتمل الثلث انما لا يحتمل التعليق والاضافة الى وقت السنة لان الامر
باليد يقتضي المالكية والامر على هذا الوجه لا يفيد البينونة في الحال ولا تثبت المالكية ولهذا لو قال امرك بيدك ولوى السنة او التعليق لا يصح فاذا الحقه بما لا
تفسير اثبت ما لا يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما لا يحتمله وهو السنة والتعليق قلنا الجواب ان مبنى هذا الاحتمال احتمال لفظ التخيير للتعليق لانه ليس من افراده ولا مستلقا به بعد ما ذكر
ان قوله فطلقي نفسك ثلثا للسنة واذا جاء غد تفسير لذلك التفويض وكان التعليق مرادا بالفظ ثم لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه
ودخل الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لا على الوقت مطلقا وقد حققناه من قبل يعني في آخر فصل
اضافة الطلاق وانما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لانه غير ممتد لما حققناه هناك من ان المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف
لانه المقصود **قوله** واذا جعل امرها بيدها او خيرها فاكتفت يوما لم تقم فلا امر لها في يدها لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك
من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجالس وقد بيناه اي في اول فصل الاختيار والذي ذكره هناك هو ان التمليك يستلزم

ثم اذا كانت تسمع بعتبر مجلسها اذا لم يكن لا تسمع فمجلس علمها بوقوع الخبر لانه هو الذي فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض ولا يشوبه التعليق ولو اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول وتارة لا حتى ان قول الآخر على ما كيلا في الخيار عريخ لا لمن يراهما والعام لانه دليل الاعراض اذا لقيام يقرف الرضى بخلاف ما اذا مكث يوما ثم قام فاتى في عمل آخر كان المجلس قد تبدل وذلك يصور بقيامه الى ان يوجد ما يقطعه ويدل على الاعراض وقوله مكث يوما ليس بتقدير به وقوله ما لم يأخذ في عمل آخر يريد به عملا يرى انه قطع لما كان فيه لان مطلق العمل لو كان قائما فجلست تمشي على خيارها لانه دليل الاقبال فلم يقطع ذكر الاسرار وذكر الاذكرت تعليقا فاكلت وشربت فعنت لان هذا مقال من جلس الى جلسة فلا يكون معرضا كما اذا اكلت محتبيا ثم قربت قال رفعته وهذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاكلت لا خيار لها لان الاكل اقلها التزاما بكلامها فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رح ولو قالت اذهبوا فاستشير اشهد هم في خيارها لان استشارة تقوي الصوارف الاشهاد للعجز عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها

جوابا واستدل عليه بنافي المجلس ولم يستدل على انه تمليك فقوله لان المالك هو الذي يتصرف برأي نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي يتصرف لنفسه والا فالوكيل يتصرف برأي نفسه وكانه ترك لعلم بان التفويض الى الاجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه وتحقق ما ذكر في ذلك ليندفع الوكيل في المشيئة ان شاء الله تعالى وقد منا ما في قوله ليستدع جوابا في المجلس فالصواب اسناد الاقتصار على المجلس الى اجماع الصحابة رض حيث قالوا لها المجلس **قوله** ثم ان كانت تسمع اي تسمع لفظه بالتخيير اعتبر مجلسها فلك اي مجلس سماعها وان كانت لا تسمع فمجلس علمها على ما ذكرناه لان هذا تمليك فيه معنى التعليق اما انه تمليك فلما تقدم من انها عاملة لنفسها واما ان فيه معنى التعليق فلان الايقاع فائما كان من غير الزوج الا ان الوقوع مضاف الى معنى من قبل الزوج فكانه قال ان طلقت نفسك فانت طالق فيثبت التفويض احكام تترتب على وجه التمليك واحكام على جهة التعليق والظاهر ان كلا مما يمكن ترتيبها على التمليك فصحة التوقيت على انه تمليك منقوضة وقد منا ان الحاقها بالعارية اقرب ثم صور التوقيت مما يوجب التوقف على ما وراء المجلس كان يقول امرك بيدك شهرا او جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذي يتحقق في الحال وكذا عدم صحة الرد بعد سكوتها اول الامر بناء عليه لانه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ما ذكرنا انه لا يحتاج الى القبول واما اقتصاره على المجلس في التفويض المطلق فتقدم قول المصنف انه تمليك وهو يستدعي جوابا في المجلس وتقدم ان الجواب الذي يثبت به التمليك في المجلس القبول وليس الكلام فيه بل امتداده في تمام المجلس اثر الملك وارتفاعه بعده ونفس اقتصاره عليه باجماع الصحابة رض فان قلت قد وقع في كلام بعضهم ان تطليقها نفسها القبول قلنا لا يتم اذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكها اما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلا من التعليق والتمليك لانه لو ثبت ليزم الاقتضاء والاضمار فقد ظهر ان جميع الآثار يصح ترتيبها على جهة الملك هنا والحاجة الى اعتبار جهة التعليق وقولهم لانه قال اذا طلقت نفسك فانت طالق يكن اجراؤه في الوكالة كانه قال اذا ابيت متاعي فقد اخرجت بيعك والولاية كان الامام قال له اذا قضيت فقد انفذت تصاريفك كما قدمنا والاعتبارات التي لا انزل لها كثيرة دائرة الامكان **قوله** وهو اي قول محمد رح امم تأخذ في عمل آخر يريد به عملا يعرف انه قطع لما كانت فيه فلو لبست من غير قيام او اكلت قليلا او شربت او قرأت قليلا او سبحت او قالت او عوالي ابي استشير واشهد والتشبه بما هو عمل المفرقة من غير ان تقوم في التفويض المطلق لم يبطل خيارها وما ذكر من هذا مسئلة في قوله اختياري وطلقي نفسك وانت طالق ان شئت وكذا اذا قال لاجنبي امر امرأتي بيدك فطلقها اذا شئت او ان شئت او اعتق عبدي اذا شئت بخلاف قوله ان شئت لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق ولو اغتسلت او امتشطت او اختضبت او جامعها يبطل وذكر المرغيناني ان لم تجد من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الاعراض وقيل يبطل للتبدل ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما اذا قيمت كرها وقيل اذا لم تنتقل لم يبطل وان انتقلت ففيه روايتان ولو نامت فاعدة او كانت تصلي المكتوبة او الوتر فاتمتهما او النفل فاتمت ركعتين لا يبطل خيارها ولو قامت الى الشفع الثاني لبطل الا في سنة الظهر عن محمد رح وهو الصحيح ولو قال امرك بيدك فقالت لم ارض بطلقني بلسانك فطلقت نفسها طلقت لان قولها لم ارض طلقني ليس رد التملك بعده الطلاق قيل فيه نظر لان قولها لم الى آخره كلام زائد فيتبدل به المجلس وفيه نظر لان الكلام المتبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الاول وانافته في غيره وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق **قوله** والاول اصح اي ما ذكر في الجامع الصغير اصح مما ذكر في غيره وهو الاصل لان من جزئه

ان سارت بطل خياره لان سير الدابة ورأيه مضاف اليه اذ هو راكبها كالسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها كالمرئي انه لا يقال راكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة قوله ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان المشيئة ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له ونوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا

لان قوله طلقي مخالف انواعا فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الكل مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فالمأمور به العدد لا الاذكات المنكوحة ثم قوله جنس حقيقة وان قال انما طلقت نفسك

وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها امر الطلاق وهو رجعي او نوى الثنتين كان ثنتين لانه نية العدد لا الاذكات المنكوحة ثم قوله جنس حقيقة وان قال انما طلقت نفسك

فقالت انت نفسي او البتة او لو قالت قد اخترت نفسي او طلقت كان واحدة رجعية لان اختيار نفسها ينتظم الطلاق كما يتنظم انه لو قال اختك طالق طلاقا يتنوى به الطلاق او قالت انت طالق فقالت قد اخترت ذلك

بانت لانها موافقة للمفوض في الاصل والاتهام زادت فيه وصفا وهو التعجيل والاباءة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل ولو قالت اخترت نفسي واحدة بائنة او قال اختاري فطلقي نفسك واحدة بائنة ونوى الثلاث فواحدة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس بصريح في الطلاق ولو قال اختاري ونوى الثلاث فثلاث لانه صريح في الطلاق ولو قال اختك طالق ونوى الثلاث فواحدة رجعية لان المفوض اليها امر الطلاق وهو رجعي او نوى الثنتين كان ثنتين لانه نية العدد لا الاذكات المنكوحة ثم قوله جنس حقيقة وان قال انما طلقت نفسك

الخيار وقوله طلقي نفسك ليس بصريح فيلغو وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقع واحدة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس بصريح في الطلاق ولنا ان قوله اختك طالق ونوى به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه فصح نيته وقوله اختاري ونوى به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه فصح نيته وقوله طلقي نفسك

وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده وكذا اذا شئت واذا شئت لما ذكرنا من العموم وبرد على قول في منفعة
قوله وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده وكذا اذا شئت واذا شئت لما ذكرنا من العموم وبرد على قول في منفعة

لانه يمكن مثله في الوكالات والولايات فلو صح لزم ان لا يصح الرجوع عن توكيل وولاية واما الاقتصار على المجلس قبل الاجماع على خلاف القياس

في اذا انها عنده بمنزلة ان فلا تقتضي بقاء الامر في يدها وفيه جواب المصنف بانها يمكن ان تمل ظرفا والامر صار في يدها فلا تخرج بالشك
وصار كما اذا قال في اي وقت شئت ولانها انما تملك ما ملكت وانما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها وبعد يتضح ان هذا اضافة للتمليك
لا تحيز ومن فروع ذلك انها لو طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع اذ ذكر المشيئة ويقع اذا لم يذكرها وقد قدمنا في اول باب ايقاع الطلاق ما يوجب
حمل ما اطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى **قوله** واذا قال الرجل طلق امراتي فلان تطلقها

في المجلس وبعده وله اي للقائل ان يرجع لان هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم وله ان يرجع فلا يقتصر وللوكيل ان يفعله بعد المجلس بخلاف قوله
لها طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال
زفر هذا والاول وهو قوله للرجل طلق امراتي بلا ذكر مشيئة سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه وكيل اذ ما لكا كان او مالكا كما نصرف عن مشيئة فصار كما اذا

قال له بع عبدي هذا ان شئت لا يقتصر وله الرجوع اجيب بان ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجزم بل في انه اذا ثبت له المشيئة اقتضاها
موجب اللفظ تمليك لا التوكيل لان تصرف الوكيل لغيره انما هو عن مشيئة ذلك الغير وانى يمكن استثناء مشيئة نفسه بخلاف المالك فانه المتصرف بمشيئة
نفسه ابتداء غير متعرض لذلك امتثالا فاذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئة كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك بخلاف البيع لانه لا يحتمل التعليق
فيلغو وصف التمليك ويبقى الاذن والتصرف لمقتضى مجرد الاذن لا يقتصر على المجلس قيل فيه اشكال لان البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه الوكالة
بالبيع وهي تقبل التعليق وكانه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط ظاهر بادنى تامل وذلك لان التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس
قوله معلقا بالمشيئة غير بل وقد تحقق وفرغ عنه قبل مشيئة ذلك الغير وانما يتعلق لذلك الغير سوى فعل متعلق الوكيل او عدم القبول في الرد والى هنا
تم من المصنف اناطة وصف التمليك مرة بانه يعمل برايه لنفسه بخلاف الوكيل ومرة بانه عامل لنفسه بخلافه ومرة بان يعمل مشيئة نفسه وليس
الرأي والمشيئة والعمل لنفسه واحدا فان العمل بالراي العمل بما يراه اصوب من غير ان يوخذ في مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته
باختياره ابتداء بلا اعتباره على مطابقة امر امر من غير اعتبار معنى الاصوبية في متعلقها بل هي والارادة يخصصان الشيء بوقت وجوده
والاول تقتضاه بالوكالة وهو مسلم في بان العامل برايه هو الذي لا يفيده على رانه ما يفيده في فعل والاترك والوكيل وانكان بوكالة عامة مطلقة
معه ما يغلبه في جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل ان لم يفعل فانه اذا وكله رضي كان واعدا بالفعل ما استثناه
به فيه فاذا لم يفعل اخلف الوعد بخلاف الزوجة فانها لا تقدر بمخالفته بترك الطلاق اذ لم يقسرها عليه فاسر شرعي فظهر ان الوكيل ليس عاملا
برايه نفسه مطلقا واما الثاني فامر المدبرون بابراء نفسه وقد منا ما في جوابه من النظر ولو تم انتقض بالتفويض الى الاجنبي فانه قطعا ليس

لتعليق زوجة غير عاملا لنفسه والثالث اقرب والله اعلم فالمعول عليه **قوله** وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة
لانها ملكت ايقاع الثنتين فقولها ايقاع الواحدة بعض ما ملكت فيقع ما نوت كالزوج نفسه ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة
وقالا يقع واحدة وهي رواية عن ابي حنيفة رح لانها ملكت ايقاع الثنتين فقولها ايقاع الواحدة بعض ما ملكت فيقع ما نوت كالزوج نفسه ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رح

وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقته رجعية وقع ما امره الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول لها طلقت نفسي وقعت بائنة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لان قول الزوج واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما فوض اليها فاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كما اذا اقتصر على الاصل فتقع بائنة بالصفة قال لها الزوج بائنة او رجعية ان قال لها طلقي نفسك ثنتين فطلقت واحدة لم يقع شيء حتى تطلق ثنتين لان معناه ان شئت الثنتين وهي لا يقدر على ايقاع الواحدة بما شاءت الثنتين فاذا وجد الشرط وقال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلثا لم يقع عند ابي حنيفة الا واحدة كما لو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت مشيئة الثلث لست بمشيئة للواحدة عنده وقالا يقع واحدة لان مشيئة الثلث مشيئة للواحدة كما ان ايقاع الثلث ايقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق لبطل الامر لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهي ما تعلقت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو استغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تقل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذا المشيئة تبتني عن الوجود فجاز ان ترد طلاقك لانه لا يبتني عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لما مر بخلاف ما اذا ذكرنا ان الباقي به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق ويبطل الامر

وانت نفسي في جواب طلقي نفسك وطالقت نفسي ضرتي وقول العبد في جواب اعتق نفسك اعتقت نفسي فلما حيث يقع ثلث في الاولى ورجعي في الثانية وبائنة في الثالثة وتطلق هي وتعتق عبدون من قرناه وللابي حنيفة رح انها انت بغير ما فوض اليها مبتدأة فيتوقف على اجازة الزوج وبهذا يخرج الجواب عن الصور الاربع المتشابهة السابقة ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر ووجهها في ابنت نفسي ان معناه طلقت نفسي بائنا والباقي ظاهر وقوله بخلاف الزوج جواب عن الاولى اي الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث وكذا اذا صرح بها الثلاث في ضمنه فيثبت القدر الذي يملكه ويلغو ما سواه كذا في المبسوط الاولى وهي قوله لها طلقي نفسك ثلثا ملكتها بجميع اجزائها اما هنا فلم يملك الثلاث لانه انما ملكها الواحدة ازالت بما فوض اليها فلم تصح باعتبارها مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الامر لعدم الموافقة وحقيقة الفرق انها ملكت الواحدة وهو شيء يفيد الواحدة بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلث فانها تفيد ضده وهذا معنى قوله الثلث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لا تركيب فيه فكان بينهما تضاد بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اما هنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا وهذا التقرير لا يستقيم ايراد او وقع في لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة يعني فلم تكن باقاعها موافقة لما ملكها فاعترض بان مذهب اهل السنة ان الجزء من العشرة ليس عينها ولا غيرها واجيب بان ذلك في الامور الموجودة بخلاف نحو الطلاق وانت تعلم ان هذا مجرد اصطلاح للمتكلمين كما ان اصطلاح الفلاسفة ان ما ليس عينا فهو غير ولو فرض عدم وضع الاصطلاح اصلا بل عدم وضع لفظ غير لغته لم يتوقف اثبات المطلوب عليه اذ يكفي فيه ان يقال فوض اليها الواحدة وليست الثلاث اياها فلا تكون مفوضة اليها فلا يراد سئلة الزام بجر والاصطلاح وغايته ما يلزم بعد التسليم ان المصنف غير عما ليس اياه بلفظ غير مجازا فقوله ولو امرها بطلاق يملك رجعتها فطلقت بائنا او امرها بالبائن فطلقت رجعيا وقع ما امر به ومعنى الاول ان يقول طلقي نفسك واحدة مالك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف وبقي الاصل ومعنى الثاني ان يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لان قولها رجعية لغو لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها في الصورتين فاجتها بعد ذلك الى الاصل الايقاع لا الى ذكر وصفه فذكرها اياه موافقا او مخالف لاغية قيد بالوقوع بايقاعها ليس الا بناء على التفويض فذكرها كسكوتها عنه وعند سكوتها يقع على الوصف المفوض وحاصل هذا الكلام ان المخالفة انما كانت في الوصف لا يبطل الجواب بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوض به بخلاف ما اذا كانت في الاصل حيث يبطل كما اذا فوض واحدة فطلقت ثلثا على قول ابي حنيفة رح او فوض ثلثا فطلقت الفا وتحذم تخريج ابنت على مخالفة الوصف في قوله طلقي نفسك قوله لو قال لها طلقي نفسك ثلثا الى تقدم انه اذا قال طلقي نفسك ثلثا تملك ان تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلثا فلو انه زاد قوله ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلاث فكان تفويض الثلث معلقا بشرط هو مشيئتها اياها ولم يوجد الشرط لانها لم تشأ الا واحدة وتقدم انه لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رح ويقع واحدة عندهما فلو زاد قوله ان شئت فالخلاف على ما هو عليه فابو حنيفة رح يقول مشيئة الثلث ليست مشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط وهما يقولان مشيئة الثلث مشيئة الواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة وقد سبق الكلام في تحقيق ذلك قوله ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق لبطل الامر لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة منها وهي ما تعلقت بالمعلقة فلم يوجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس من كلام المرأة ذكر الطلاق ولا في كلامها لانها لم تقل شئت طلاقي ان شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائيا طلاقها فظاهر بل بجرد النية والنية لا عمل في غير المذكور الصالح للايقاع به

وان قالت قد شئت ان كان كذا امر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس بالكلية متى ومتى ما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي تملك فلم يكن عملها قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تملك الايقاع ولا تفعل فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك ايقاع ثلاث بتطليقة بعد تطليق

نحو اسقني حتى لو قال كان شئت طلاقك نيويه وقع لان المشية تبنى عن الوجود لانها من الشئ وهو الموجود بخلاف اردت لو قال اردت طلاقك لانه لا يبنى عن الوجود بل هي طلب لنفس الوجود عن ميل ورغبة لان المراد ان المشية والارادة في صفة العباد مختلفان وفي صفة الله سبحانه مترادفان كما هو اللغة فيهما مطلقا فاريد فلهما وجود اي يكون الوجود جزء مفهوم احدهما غير ان ما شاء الله كان وكذا ما اراده لان تخلف المراد انما يكون لعجز المريد لا بذات لارادة لانها ليست الموثرة للوجود لان ذلك خاصية القدرة بل بمعنى انها المخصصة للمقدور والمعلوم وجوده بالوقت والكيفية ثم القدرة توثر على وفق الارادة غير انه لا تخلف شئ عن مراده تعالى لما قلنا في المشية بخلاف العباد وعن هذا لو قال اراد الله طلاقك نيويه يقع كما لو قال شاء الله بخلاف احب الله طلاقك ورضيه لا يقع لانهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود ولو قيل التخصيص بالوقت بالارادة يكون عن طلبه يستلزم عدم الفرق بين صفة الارادة والكلام نعم فرق بين الطلبين انه في الكلام طلب تكليف وهذا بخلافه ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي تكليفا دائما كما في الطلب المعبر عنه بكره ولو اجيب بان ذلك الطلب خارج عنها لزم كونهما من صفات الافعال واذ قد ظهر الفرق بين الارادتين لا يكون فرق ابي حنيفة صرح بين المشية والارادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى وبقي الشان في كون المشية تبنى الوجود في حق العباد للاشتقاق عن الشئ وهو الوجود فيه نظر فان الشئ وان وقع على غير الاعيان الا ان كونه في مفهومه الوجود اصطلاح طارئ على اللغة فانه لغة يقال للمعدوم والموجود وكون الارادة تنسب الى ما لا يعقل بخلاف المشية كما ذكر شمس الائمة لا اثر له الا لو لم يكن مجازا عقليا او مجاز اللغويا في لفظ الارادة على انه سمع نسبة المشية ايضا الى ذلك استند ابو السكيت في اصطلاح المنطق يا مرحبا به بجمار عفر اذا قربته لما شاء من الشعير والحشيش والماء وهو من شواهد قصر الممدود فتوجيهه ان يعتبر العرف فيه لان يكون العرف العام من انه الشئ الموجود والمشية منه بان يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشئ الكائن مصدر شاء فانه يقال شاء شيئا على ارادة الحاصل بالمصدر لم يشتق منه ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجبه احتاج الى النية فلزم الوجود فيها فاذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي فمعناه اوجدته عن اختيار بخلاف اردت كذا مجردا يفيد عرفا عاما عدم الوجود واجبت طلاقك ورضيته مثل اردته ولو قال شاء طلاقك ناويا الاطلاق فقال شئت وقع ولو قال اريده او اهويه او اجتبيه او ارضيه نيوى الطلاق فقالت اردت اجبته اردته هويته رضيته لا يقع بخلاف ما لو قال اردت او احببت الى آخرها فانه يقع وان لم ينو لانه تعليق لا يفتقر الى النية وهو كقوله ان كنت تحبني تعلق بالخبر رافانه يقع ولم ينو فاذا قالت جعلتك

قوله وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى كنت كما كان فلان قد جاء وقد جاء او لا مر كائن كنت كما كان ابي في الدار وهو فيها طلقت لان التعليق بامر كائن تنجيز قيل يلزم عليه انه لو قال هو كافر ان كنت فعلت كذا وهو يعلم انه قد فعله ان يكفر وهو منتف اجيب بان من المشائخ من قال يكفر فالالزم حق وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن ابي يوسف يفرق بان هذه الالفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا جعل تعليق كفره بامر في المستقبل فكذا اذا جعله بماض تحاميا عن تكفير المسلم والاوجبان الكفر يتبدل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل فان قيل لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب ان يكفر فليكفر بنفس هذا اللفظ هو كافر وان لم يتبدل اعتقاده قلنا النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود اللفظ متكلما بقوله هو كافر حقيقة

قوله ولو قال انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت بان قالت لا اشاء لا يكون ردا ولها ان تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس لانها للعموم الا وقات

وجب اعتبار خصوصها وعمومها وان قال لها انت طالق كيف شئت فلها ان تطلق نفسها ما شاءت من تطليقة يملك الرجعة مضاءه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك ثبت المساواة بين مشيتها وارادته اما اذا اراد ت ثلثا او اراد ت واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه نفى نصف فيها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم يحضره النية يتبع مشيتها فيما قالوا اجريا على موجب التخيير قال رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ايهما اراد ت فهي رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما ان الله تعالى فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها ليكون لها المشية في تغيير الاحوال على قبل الدخول بعد ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف لا تستعمل في الكيف صحيحا لتفويض وصفه ليستدعي تحقق اصله وهو الطلاق بعد ان قال لها انت طالق كيف شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما يستعملان بعد تقدم وقوع اي على شاءت فان قامت من مجلس علمها او اعرضت عنه او اشتغلت بما لا يقطع الجواب كالاكل والشرب او بما يقطعه كالبيع والاجارة قبل ان تطلق بطل امرها لان التمليك لا يرتد بالرد وهو خطاب الحال فتقيد بالجواب الحال

الحال على ان اول الاسماء الى الجواب وصرف الشرط وهو فيه يدل بالقيام واعترض في بعض شروح المنار بانه لما جعل مجازا عن الشرط فالشرط الذي فيه معنى الحقيقة اولى اقول ان اراد بالمعنى الحقيقي الزمان كمتى حتى لا يخرج من يده بعد المجلس فليس معنى بحيث يعين بل مساهما المكان وان اراد معنى الظرفية مطلقا فليس منساهما اصلا بل اسم الظرف اصطلاح مبني على تشبيه المكان والزمان بالاوعية للاشتمال وهي الظرفية من لغة قوله فوجب اعتبار عمومها كما انت طالق في اي وقت شئت وحفوظاني انت طالق قد قوله ولو قال لها انت طالق كيف شئت طلقت لكانت غير مدخول بها طلقة بائنة وخرج الامر من يده لفوات محليتها لعدم العدة والكنايات ملحقا بها طلقت طلقة رجعية بخير وقوله ذلك شاءت ولا شئ ان كانت شاءت بائنة او ثلثا وقد نوى الزوج ذلك يصير كذلك للمطابقة وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلثا او على القلب فهي رجعية لانه لغت مشيتها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج بالصريح وهي لا تعمل في جعلها ثلثا او الثلثا ولو لم يحضر الزوج نيته لم تذكره في الاصل وتجب ان يعتبر مشيتها حتى لو شاءت ثلثا او ثانيا ولم ينو الزوج يقع ما اوقعت لاتفاق على اختلاف الاصليين اما على اصله فلانها اوقعت بتمام نفسها في اثبات الوصف لان كيف للحال والزوج لو اوقع رجعيا يملك جعله بائنا او ثلثا عند ابي حنيفة كذا الاداة عنده فالتفويض كذلك يقبل ما وقع كذلك وما عندهما فكذا ايقاع البائن الثابت لانه تفويض اصل الطلاق ليها على اي وصف شاءت كذا في الكافي وهذا الذي ذكرنا من وقوع الرجعية قبل مشيتها قول ابي حنيفة رح واما عندهما فانما لم تقع حتى ردعلى هذا الخلاف انت حرام كيف شئت وقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة والى اصل ان اصل الطلاق لا يتعلق بمشيتها عنده بل صفته وعندهما يتعلقان معا بمشيتها وقيل ان التعلق لا كيفية المتعلق فيقع البتة يوهم عدم الخلاف في ترجيح التعلق بذلك لكن الثابت ما سمعت من الطلاق وعدم كيفيته زائدة على اصل التعلق ممنوع بل الكيفية زائدة على ذلك من كونه معلقا او منجزا على مال مجلوبة على وجه التدبير وغيره مطلقا عما ياتي من الزمان ومقيدا به قوله فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها لانه لو لم يتعلق بمشيتها حتى وقع دونها وقع موصوفا البتة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف بمشيتها وقد كان كل وصف استبدادها فخالف والخليفة يقول حقيقة قولها انت طالق تخيير لاصل الطلاق عاجلا صفته على مشيتها ومن ضرورة اثبات اصله اثبات وصفه الرجعية وكان في نفس كلامه هذا مضمنا بعض الاوصاف من عمومها التي امر الامرين اولى تخصيص العام لهما فقط على حقيقة اللفظ التي هي تخيير اصل الطلاق واعتبار اصله سابقا للمحافظة على حقيقة العموم والنظر في ترجيح الاول لان تخصيص العام اغلب من اعتبار المجاز مطلقا لانه لا يكاد يثبت دواما رجح به في الكافي من ان بتقدير قولهما يبطل الاستيصاف والكلام يحتمل التخصيص دون التعطيل فانما يتم لو كان كيف في التركيب للاستيصاف ولا يخفى ان مقتضى الاستخبار بها غير مرادا اصلا بل تركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئتها كقولك تعالى انظر ما ذا تامرون الى الابل كيف خلقت اي فيظهر ان الى كيفية خلقها فان قالت فلم يعتبر كيف شرطا وهو احد مستعملها فيرجح قولهما لان تعليق اصل الطلاق هو حقيقة اللفظ فالجواب لا يجوز لان شرط شرط شئ اتفاق فعلى الشرط والجزاء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع اصنع وما قيل في توجيه قولهما لان كيف حاله واصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض فليس احدهما قائما بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق ليس موجودا بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته سواء في الاصلية والفرعية فاذا تعلق احدهما بمشيتها تعلق الآخر فما صار ذكر شئ آخر غير ما تقدم من ضرورية تعلق الاصل لما ذكرنا وهو ضعيف او المبنى ليس الا التلازم فما ثبت لاحدهما ثبت للآخر والا دخل الامتناع قيام العرض بالعرض في ذلك فالتقرير ما قررنا قوله ولو قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت واحدة او ثنتين او ثلثا وتعلق اصل الطلاق لمشيتها بالاتفاق بخلاف مشيئة

وانما اصله معلقا بدون الكيفية

فتح القدير صفحة ٢٠٤

وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة او ثنتين لا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة في ما لمحكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتعميد فتصلح على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلقي من نسائي من شاءت

كيف شئت على قوله هذا لان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس الا العدد واذا ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع شيء ما لم تشأه والقياس ان لا يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا لما لا يباح للزوج لكن روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يباح لها في شيء التخيير ووجهه ما ذكر في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية قال لو طلقت نفسها ثلثا على قولهما او ثنتين على قول ابي حنيفة رح لا يكره لانها مضطرة اذ في ذلك لانها لو فرقت خرج الامر من يدها بخلاف ما لو وقع الزوج ذلك وعلى هذا في اصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلثا ما لم تقم من مجلسها انما لا يحتاج الى حمله على مشيئة القدرة لامشيئة الاباحة ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما مر لهم من اطلاق العدد واراد به ما شئت تعميم العدد فتقرير ه واور د عليه ان كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو ما دام فوقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت أجيب بانه معارض بالمثل بان يقال لو اعملنا ما بمعنى الوقت لابطل بالقيام عن المجلس ولو اعملنا ما بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيبقى على ما كان عليه من عدم ثبوته فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا وترجح اعتبارها للعدد وبيان التفويض تمليك مقتصر على المجلس ما لم يكن موقتا وانما يكون لو كانت رجعية بمعنى العدد دلالة المتبادر من ذلك بخلاف الزمان فانه انما يتبادر حالة وصلها بدوام نحو ان اردت الامر بان قالت لا اطلق كان دالا ان هذا امر واحد بخلاف في كلما وقوله خطاب في الحال احتراز عن اذا ومتى يعني هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل فاقتضى جوابا في الحال **قوله** وان قال لها طلقي نفسك

من ثلث ما شئت فلها ان تطلق واحدة وثنتين بالاتفاق واختلفوا في الثلث فلا تطلق عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وبه قال الشافعي واحمد رح وتطلق عندهما ان شاءت لان كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من تستعمل للتمييز اي للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وغيره صلة لينفر لكم من ذنوبكم وتبعيضا نحو كلت من الرغيف فيحمل على تمييز الجنس محافظة على عموم ما الا بيان الجنس بخلاف ما لو حملت على التبعيض يعني فيكون بيان المراد الثلث من الطلاق دون سائر الاعداد وهذا وان كان لا يتصور في الطلاق عددا الا الثلث فذاك شرعا اما في الامكان فيمكن ان تطلق عشرين وما ئة وغيرهما وامكان حكمه في الشرع المنع فالمنع طلقي نفسك العدد الذي هو الثلث دون سائر الاعداد وعلى قولهما يكون التفويض في الثلث خاصة فصح تطليقها واحدة باعتبار انها ما دامت فيه كما تقدم في طلقي نفسك ثلثا كما لو قال كل من طعامي ما شئت له اكل الكل وطلق من نسائي ما شئت فشاءت كلهن ليس له ان يطلقهن بخلاف ما اذا حملنا ما على التبعيض فانه حينئذ يبطل عموم ما دلالة على ان كلمة من حقيقة في التبعيض اذا دخل على ذي البعض والطلاق منه وما للتعميم فيعمل بهما بمن في معناها في شأنه وبما في عموم مخصوص ضرورة اعمال من في معناها في شأنه بخلاف حمل من على البيان فان ضابطه صحة وضع الذي مكانها ووصلها بما نحو الما مع ضمير منفصل شأنه فاجتنبوا الرجس من الاوثان الذي هو الاوثان ولا يحسن هنا طلقي نفسك ما شئت الذي هو الثلث فان ما موصلة معرفة فلا بد من كونه موصوفا معرفة وهو هنا العدد فالمحل الى طلقي نفسك العدد الذي مشيئة الذي هو الثلث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذي شاءت او شاءته وانه هو الثلث فيكون التفويض ابتداء انما هو في الثلث وانما تملك ان تطلق نفسها واحدة لانه جزء ما ملكته بالتفويض كقولك طلقي نفسك ثلثا الا ان تطلق واحدة وليس المعنى على هذا بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم شيء اذا لمعنى طلقي نفسك ما شئته رعاية ان المذكر موصوفة بالجملة الجارية المجرى في موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد في العدد مميز من بهامه فصح حينئذ قال المنصف طلاقي ثلثا الا ان تشائي واحدة فشاءت واحدة طلقت ثلثا وقال محمد رح لا يقع شيء لان معناه ان لم تشائي واحدة فاثنتين فاذا شاءت واحدة لا يقع شيء دلالة على ان ما ثبت للمشيئة الواحدة اذا شاءتها تقع ولو قال طلقي نفسك ان شاء الله وشئت او طلقي ان شاء الله او ان شاء الله خلافا لا يقع بالمشيئة شيء من قوله

ولابي حنيفة رح ان كلة بين حقيقة للتبعيض وهنا للتعميم فيثبت بهما وفي استشهاده بترك التبعيض للاداة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

انه عطف على باطل فيبطل ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها اذا او متى شئت لان حين للوقت ولو قال ان شئت فانت طالق اذا شئت او متى شئت فلها مشيتان مشيته في الحال ومشيته في عموم الاحوال لانه علق بمشيتها في الحال طلاقا معلقا بمشيتها في كل وقت شاءت فاذا شاءت في المجلس صار كانه قال انت طالق اذا شئت لان المعلق كالمرسل عند الشرط ولو قال لاجنبيتين ان شئتما فانتما طالقتان فشاءت احداهما او شاءتا طلاق احداهما لا يقع لان الشرط مشيتهما طلاقهما ولم يوجد ولو قال لاثنتين ان شئتما هي طالق ثلثا فشاءت احداهما واحدة والاخرى ثنتين لم يقع شيء لان الشرط مشيتهما الثلث بخلاف ما لو قال لهما طلقتكما ثلثا فطلقها احداهما واحدة والاخرى ثنتين وقع الثلث لان كل واحد منفرد بايقاع الثلث فيصح ايقاعه بعضها ولو قال ان شئت فانت طالق ثم قال لاخرى طالق مع طلاق هذه وقع عليهما بمشيته الاولى ان نوى الزوج والا فلا لانه يحتمل طالق مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك اي كلاهما مملوكان لي فايهما نوى صدق ولو قال طالق ان شئت وابيت او ان شئت ولم تشائي لم تطلق ابدا لانه جعل المشية والاباء شرطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما ولو قال ان شئت وان لم تشائي فشاءت في المجلس طلقت ولو قامت بالمشية تطلق ايضا كما لو قال ان دخلت او لم تدخلي الدار اخرى الطلاق فقال ان شئت وان لم تشائي وان شئت وان ابيت فان شاءت يقع وان ابت يقع وان سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع وكذا ان شئت وابيت وفي طالق ان ابيت ذكرت طلاقا فقالت ابيت تطلق ولو قال ان لم تشائي فلانا فانت طالق فقالت لا اشاء لا تطلق لان لفظ ابيت لايجاد الفعل الذي هو الاباء وقد وجد والفظ لم تشاء فلعدم الايجاد وعدم المشية لا يتحقق بقولها لا اشاء لان لها ان تشاء من بعد وانما تحقق بالموت وفي انت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند ابي يوسف رح ولو قال لها طلقي نفسك فقال لها اختارتك عبدك فبدأت بتبتك البين خرج الامر من يدها ولو كان الامر بالبتة زوجها فبدأت بالبتة لا يبطل خيارها في الطلاق وعنه لو قال لها انت طالق ان شئت للسنة واحدة فلها المشية الساعة لا عند الطهر فان شاءت الساعة وقعت عند الطهر وعلى قياس قول ابي حنيفة رح ان كانت حائضا فلها المشية حين تطهر على احدى الروايتين عنه فانه ذكر في باب المشية من طلاق الاصل لو قال ان شئت فانت طالق غدا فالمشية اليها للحال بخلاف انت طالق غدا ان شئت فان المشية اليها في الغد وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح المشية اليها في الغد في الفصلين وقال زفر رح المشية للحال فيهما وذكر في الامالي الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رح على العكس وفي المنتقى برواية بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رح اذا قال انت طالق غدا ان شئت او انت طالق ان شئت غدا فلها المشية غدا وقالا ان قدم المشية غدا او قالا ان قدم المشية على اللفظ فلها المشية للحال وان آخرها فلها المشية غدا وفرع على هذا لو قال لخيارى ان شئت او اختاري ان شئت غدا او امرك بيدك غدا ان شئت او امرك بيدك ان شئت غدا فلها المشية في الغد في الحالين عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قال طلقي نفسك غدا ان شئت او طلقي نفسك ان شئت غدا او ان شئت فطلقي نفسك غدا لكن لها ان تطلق نفسها الا في الغد عنده وقالا ان قدم المشية فلها ان تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غدا والمذكور في الكافي وشرح الصدر الشهيد انه غدا طالق ان شئت صفة لطالق الساعة شئت كان ايقاعا انما المشية في الغد بخلاف قوله ان شئت فانت طالق غدا فان لها المشية في مجلسها لان في الثاني علق بالمشية ايقاعا مضافا الى غد ولو طلق بالمشية طلاقا مؤخرا تعتبر المشية حالا حتى لو قامت ليطلت مشيتها فكذا اذا علق بها طلاقا مضافا وفي الاول بدأ باضافة الطلاق الى المعلم جعل ذلك معلقا بمشيتها فراعى المشية في ذلك الوقت روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رح ان في الفصلين يراعى المشية في غد وعند زفر رح تعتبر المشية فيهما حالا ولو قال لها انت طالق اذا شئت ان شئت او انت طالق ان شئت اذا شئت فيهما سواء تطلق

باب الايمان في الطلاق

وإذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رح لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح

نفسها متى شاءت وعند ابي يوسف رح ان آخر قوله ان شئت فكذلك وان قدمه فتبر المشيئة في الحال فان شاءت في المجلس تطلق نفسها بدلك اذا اشارت ولو قامت من المجلس قبل ان تقول شيئا تبطل وقال شمس الائمة رح هذا اذا قال متى ان شئت فانت طالق او ان شئت بمشيئتك الا ولى على المجلس والاخرى مطلقة اليها متعلقة بالقوة فمتى شاءت بعد هذا طلقت قال وان لم تقل شيئا حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها وهذا لا فرق بين ان يقول ان شئت الساعة اذا لم يذكر الساعة ولو قال انت طالق وطالق وطالق ان شاء زيد فقال زيد شئت واحدة لا يقع شيء لانه اضاف الثلث وكذلك لو قال شئت ثلثا او قال انت طالق ان شئت واحدة وان شئت ثنتين فقالت شئت ثنتين وقع الثلاث ولو قال اخرجي ان شئت يقع الطلاق فشاءت ولم تخرج وقع نظيره قالت لزوجها طلقني وطلقني وطلقني فقال الزوج طلقت فهي ثلث ولو قالت طلقني طلقني طلقني فقال انويت واحدة فهي واحدة وان لم ينو شيئا فثلث ولو قال لزوجها تريدان اطلق نفسي فقال الزوج نعم فقالت طلقت يتطرق ان نوى الزوج التفويض ومع هذا لو قال لها طلقي ان استطعت لا يقع

باب الايمان في الطلاق اليمين في الاصل القوة قال ان المقادير بالاوقات نازلة واليمين حالفة فرفع المقادير اي لا قوة ولا يمين حالفة احد اليدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة الى الاخرى ومسمى الحلف بالله تعالى هينا لافادته القوة على المحلوف عليه من الفعل والترك والحمل عليه بتوهم النفي فيه والشك في افادة تعليق المكروه للنفس على البر بحيث يترك شرعا عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الامر وتعليق المحبوب لها على ذلك الحمل على حكم بمثله قوله واذا اضاف الخ استغلها في المضموم اللغوي في الافعال لا يطلق لانه تعليق لا اضافة قوله قال الشافعي لا يقع ونقل عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال احمد وقال مالك رح ان خص بلدا او قبيلة او صنفا او اداة صح وان عم مثل ما لا يجوز اذ فيه سد باب النكاح وبه قال ربيعة والاوزاعي وابن ابي ليلى لنا قوله كل امرأة اتزوجها فهي علي كظهر امي فانه يتيسر مظاهرا مع العموم لان الحرمة ترتفع بالتكفير وعندنا لا فرق بين العموم وبين الخصوص الا ان صحت في العموم مطلق يعني لا فرق بين ان يعلق باداة الشرط او بمعناه وفي المعية يشترط ان يكون بصريح الشرط فلو قال بدل المرأة التي اتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لانه عرفها بالاشارة فلا يؤثر فيها الصفة اعني اتزوجها بل الصفة فيها لغو وكانه قال بدو طالق بخلاف قوله ان تزوجت هذه فانه يصح ولا بد من التصريح بالسبب في المحيط لو قال كل امرأة اجتمع معها في فراش فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق وكذا كل جارية اطأها فاشترى جارية فوطيها لا تعتق لان العتق لم يضف الى الملك ولو قال لضعف المرأة التي تزوجينها طالق فزوجها امرأة بامره او بغير امره لا تطلق لان التعليق لم يصح ولو تزوج امرأة على انها طالق لم تطلق لانه تعليق جعله بدلا او شرطا وكذا لو اشترى عبدا على انه حر لا يعتق وبهذا مر وي عن عمر وابن مسعود وابن عمر يستدل الشافعي رح بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح اخرجه ابن ماجة من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل ملك عنده طريق آخر عن علي رضي الله عنه لا طلاق قبل النكاح انتهى وفيه جويبر وهو ضعيف واخرج ابو داود والترمذي عنه صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حسن وهو حسن صحيح روي في هذا الباب واخرج الدارقطني عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم اتزوج فلانة فهي طالق ثلثا قال طلق ما لا يملك واخرج ايضا عن ابي ثعلبة الخشني قال قال عمر لي اعمل علاجي ازوجك ابنتي فقلت ان تزوجتها فهي طالق ثلثا ثم بدا لي ان اتزوجها فاتيت سعدا رضي الله عنه وسألته صلى الله عليه وسلم فسألته فقال لي تزوجها فانه لا طلاق الا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت لسعد او سعيد اولنا ان هذا تعليق لما لا يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والابراء ولان ما نافاه انه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو وذلك لان النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة وانتظام

ولنا ان من ملك شيئا ملك ايجاده على الوجه الذي يقدر عليه ولهذا يملك التنجيز والاضافة الى الشرط والملك قائم قبل الشرط وبعده وقبل ذلك اثر للنفع وهو قاصر فيملكه

الصحابة فلا يملك جعله سببا لانقطاعها بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لانه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة الى المندوب واما الطلاق فمحظور وانما شرع للحاجة بتباين الاخلاق غلط لان الحاجة كما تتحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوج فان النفس قد تدعوالى تزوجها مع علمه بفسادها وسوء عشرتها وتخشى لجاجها وقلبها فيوسعها بتعليق طلاقها بكل ما نفاها عن مواقع الضرر فيجب ان يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليتخلصها عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضي وهو تكلمه بالتعليق لما يصح للمانع بل هو اولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سيذكر في الجواب عن الاحاديث المذكورة واما قبل الحديثين الاخيرين فمحمول على نفي التنجيز لانه هو الطلاق اما المعلق فليس به بل له غرضه ان يصير طلاقا وذلك عند الشرط والحمل ما ثور عن السلف كالشعبي والزهري قال عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن الزهري انه قال في رجل كل امراة تزوجها فهي طالق وكلامته اشتبه بها فهي حرة هو كما قال فقال له معمر اوليس قد جاء لا طلاق قبل النكاح ولا عتق الا بعد ملك قال انما ذلك ان يقول الرجل امراة فلان طالق وعبد فلان حر وقول المصنف وغيرهما التصريح لما يفهم من كاف التشبيه المفسرة لعدم الحصر خصوصا بعد قوله ما ثور عن السلف يعطي انه ما ثور عن غيرهما ايضا اخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي وخيثمة والاسود وابي بكر بن عبد الرحمن وابي بكر بن عمرو بن حزم وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي رضي الله عنهم في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق او يوم اتزوجها فهي طالق او كل امراة اتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال وفي لفظ يجوز عليه ذلك وقد نقل هذا مذهبا الى القاسم بن محمد والشعبي وعطاء وحماد بن ابي سليمان والنخعي رحمة الله عليهم اجمعين واما الحديثان الاخيران فلا شك في وضعهما قال صاحب تنقيح التحقيق انهما باطلان ففي الاول الوزر الواسطي وهو عمرو بن خالد قال وضاع وقال احمد وابن معين كذاب وفي الاخر علي ابن زيد بن جدعان كذبه ابن معين وغيره وقال ابن عدي يسرق الحديث بل ضعف احمد ابو بكر بن العربي القاضي شيخ الصحيح جميع الاحاديث وقال ليس لها اصل في الصحة وكذا ما عمل بها مالك وربيعة والاوزاعي فما قيل لم يرد ما بعارضها حتى يترك العمل بها ساقط لان بالترجيح فرع صحة الدليل او لا كيف ومع عدم اقتضاء الصحة لذا لا على نفي تعليق بل على نفي تنجيزه فان قيل لا معنى لحمله على التنجيز لانه ظاهر بعرف كل احد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بهذا الاشتهار حكم الشرع فيه لا قبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا اذا وجد النكاح ففي ذلك صلى الله عليه وسلم في الشرع في هذه الاحاديث وغيرها ما يفي لهم بعد ذلك ان يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا بالخروج عن تناول النص بل هو طلاق تاخر عمله الى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار والجواب ان اهل العرف واللغة لا يفهمون ان الطلاق تعليقه وكذا الشرع لم يعلق الا ليطلق امراة فعلق طلاقها لا يحث اجماعا ولما يؤيد ذلك ما في موطا مالك ان سعيد بن عمرو بن سليم الزرقي سال القاسم بن محمد عن رجل طلق امراة ان هو تزوجها فقال القاسم ان رجلا جعل امراته عليه كظهر امه ان هو تزوجها او جارية ان هو اشتراها فسال عمر فقال لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بملك ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا فالكل واحد ما الخلاف فيه ايضا وقد قدمنا في الايلاء اذا قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك اربعة اشهر فتزوجها يصير موليا فان قيل هذا التعليق انشاء تصرف في محل لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بان قال اذا بلغت فزوجتي طالق وتعليق البالغ طلاق الاجنبية بغير الملك قلنا لا بد اولا من بيان المراد فنقول ما هو طلاقا وليس به اذ لا اشكال في ان لفظ الطلاق والمراد انه ليس سببا في الحال كما الطلاق عن العدة وغيرها تاخر عمله كالبيع بشرط الخيار وح نقول لا اشكال في ان كون الشيء سببا غير مانع للثبوت حكم في محل لا يتصور

وان عطفت الام فانت طالق وهذا بالاتفاق لان للملك قائم والحال والظاهر بقاءه الى وقت وجود الشرط

بدون اتصاله بذلك المحل شرعا اعني ان يعتبر الشرع انه اتصل به سببا للحكم فيه لامجرد الاتصال في اللفظ فان سببية ليست الا بايجاب الحكم في محل حلوله لكونه ملزوما للحكم فحيث حل ولا ريب في ان الشرط يمنع من ذلك للقطع بانه لم يبن انت طالق الآن بل اذا كان كذا فانت طالق اذ ذاك لا الان فاذا كان ذاك يرتفع المانع وهو التعليق فحينئذ يحل بالمحل سببا بخلاف البيع بشرط الخيار لانه لم يعلق البيع على شئ بل اثبته في المال فيزيله حيث لم يوافق غرضه رفقا به وهذا لا يمنعه من الوصول في الحال بل تحقق سببيته في المال لو تم هذا التركيب والعدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولاية على المحل بل لعدم اهليته للتعليق كالتنجيز بخلاف البالغ فان افتقاره في التصرف الى المحل انما هو عند قصد التنجيز فيه للحال واما حين فيه التزام بين يقصد بها بالذات البر اعني منع نفسه من تزوجها وهذا يقوم به وحده فتتحقق هذا منع كونه تصرفا في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف متعلق عليه الا انه لما كان الحنث احد الجائزين وبتقديره ينعقد كلاما سببا وهو يستدعي المحلية وهما متلازمتان فان على ملك النكاح لزم صحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند التقاده ثم رأينا الشرع صححه كما تبينا ظهور قيامه عنده فيما اذا قال لمنكوحته ان دخلت فانت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فصححه اياه مع تيقن قيامه احرى وذلك في التنازع وهو تعليقه بالملك بهذا حصل الجواب عن الايراد على تعليقه في الاجنبية بغير الملك ولذا رأينا الشرع صحح قوله لامته اذا ولدت ولدا فهو حر حتى يتيقن ما تلده مع عدم قيام ملكه عتق الولد قبل الولادة وظهر به ان قيام المحلية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق ولعمري ان حل هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف نهاية الايجاز وطلاقة الالفاظ وقوله وقع عقيب النكاح يفيد ان الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن لا يقع كقوله انت طالق مع كل حمل اذ لا يثبت الشئ متقدما ومتأخرا ضمنا اثره وقصر يمين وهو اضافة تبيانية اي تصرف هو يمين وكذا هو في قوله وهو قائم بالمتصرف اي فلا حاجة الى اشتراط المحل بل قيام ذمته الحالف في ذلك وقول مالك استدل على نفسه بالنكاح قلنا فاذا يلزم اذ قد يكون علم مصلحة في ذلك دينا لعلمه بغلبة الجور على نفسه او دينا لعدم يساره ولنفسه للحال فيوسعا على انه يتصور تزويجه عندنا بان يعقد له فضولي ويجيز هو كالفضل كسوق المواهب اليها او الولي واعلم ان مقتضى ما ذكر كون المضاف لا يعقد سببا في الحال كالمعلق لكنهم جعلوه سببا في الحال حتى انت طالق يوم تقدم فلان ولا فرق الا ظهور ارادة التكلم الايقاع بخلاف المعلق وان قصده البر فكان هذا المعنى المعقول صارفا للفظ عن مقتضيته ولا يعرى عن شئ مع ان نحو انت طالق غدا واذا جاء غد واعدا في قصد الايقاع ومع هذا يجعلون اذا جاء غد تعليقا غير سبب في الحال والآخر سببا في الحال واما قولهم انه ينزل سببا عند الشرط تطلق او وقع منجزا فالمراد الايقاع حكما ولهذا اذا علق العامل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ولو كان كالمفوض حقيقة لم يقع لعدم اهليته **فرع** في المنتقى ان تزوجت فلانة فهي طالق وان امرت من يزوجنيها فهي طالق فامر انسانا ان يزوجها منه طلقت لانها يمينان احدهما على الامر والاخرى على التزوج ولو قال ان تزوجت فلانة وان امرت من يزوجنيها فهي طالق فامر انسانا فزوجها منه طلقت لان اليمين واحدة والشرطان وقد وجدا بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الامر حيث لا تحل اليمين ولهذا لو تزوجها من غير ان يامر احدا لا تطلق لانه بعض الشرط فان امر بعد ذلك رجلا فقال زوجني فلانة فزوجني اجنبي فلانة وهي امرأته على حالها طلقت لكمال الشرط ولو قال ان تزوجت فلانة او امرت انسانا ان يزوجنيها فهي طالق فامر غيره فزوجه ذلك المأمور لم تطلق لانه حنث بالامر قبل تزويج المأمور فلا تحل اليمين بلا وقوع شئ فلا يحنث بتزويجه بعد وعن ابي يوسف رح اذا قال ان تزوجت فلانة او خطبتها فهي طالق فخطبها فتزوجها لا تطلق قال في الكتاب لانه حنث في الخطبة وهذا يدل على ان اليمين منعقدة وهي رد على من قال اليمين غير منعقدة لان الشرط احدهما فاذا بينه صار الاخر لغوا لانه نص على

فيصير يمينا او ايقاعا ولا يقع اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهر الوجود فيحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد حدين ولان اضافة الى سبب الملك بمنزلة اضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها ثم دخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما

الملك حتى لو تزوج قبل الامر في المسئلة التي قبلها وقبل المخطبة في هذه المسئلة وقع بان قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بالف فقبلت طلقت وفي فوائد شمس الائمة الحلواني لو قال ان تزوجت فلانة فهي طالق ان تزوجت فلانة فتزوج فلانة لا تطلق فان طلقها ثم تزوجها تطلق وجهه انه استعمل من الشرط على الشرط كقوله ان تزوجتك فانت طالق ان دخلت الدار لا تطلق حتى تتحقق مضمون الشرطين وجعل له مطلقة فقال ان تزوجتها فعلي الحد على حرام فتزوجها تطلق ولو قال لامرأته ان تزوجت عليك ما عشت فعلي الحد على حرام ثم قال ان تزوجت عليك فالطلاق علي واجب ثم تزوج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الاولى تقع اخرى على العدة منها باليمين الثانية يصرفها الى ما شاء هذا في النوازل قال في المحيط وفيه نظر وينبغي ان لا تطلق في اليمين الثانية لان اليمين الثانية تعليق ايجاب الطلاق بالتزويج وانه لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق وينبغي ان يقع باليمين الاولى طلاق احديهما يصرف الى ما شاء ولان اليمين الاولى لما انصرفت الى الطلاق صار كانه قال ان تزوجتك فانت طالق وهي لا تطلق من قال لك امرأتان يقع على احديهما انتهى وفي نظره نظر اما قوله ينبغي ان لا تطلق في اليمين الثانية الى آخره فبناء على ان التخيير بالطلاق على واجب ليس بصحيح وانت قد علمت ما في ذلك من الاختلاف وان المختار وقوع الطلاق المذكور في النوازل بناء عليه واما قوله وينبغي ان يقع باليمين الاولى طلاق احديهما الى آخره فليس بصحيح لان حلال الله عام استغراقي لا بدلي فيشمل الزوجين معا فقد حرمها وزن وبر اطلاق ليس مثله لان معناه امرأته وهو انما يناديل لواحدة فقد اريقع الطلاق على واحدة منهما فالية تعيينا واذا قال لكل امرأة ان تزوجتها طالق فزوجه فضولي فاجاز بالفعل بان ساق المهر ونحوه لا تطلق بخلاف ما اذا وكل به لانتقال العبارة اليه **قوله** فيصح يمينا او ايقاعا اي فيصح التعليق المذكور يمينا عند نا لانه لا يعمل عندنا في الحال واليقاعا عند الشافعي لانه عنده سبب في الحال **قوله** والاصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملكه لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهر الوجود اي ظاهر الوجود عند العقد وهو القوة اي على الامتناع منا **قوله** والظهور باحد حدين لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوي وكذا لفظ ظاهر المذكور آنفا وبالكان ظاهر الوجود متعلق الادراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى المعروف الخاص وقد يكون على وجه القطع والحاصل ان قوله لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق حين صدر لا يصح جعله ايقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر اضافته لانه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور البر له عند العقد لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط لاحتمال ان لم يكن الامر فيه موقوفا على لحاقه ان تزوجها ظهر كونه يمينا والاقرب على الاحتمال الى ان يموت احدهما لانا نقول تحقق عدم اليمين حال صدوره لانتفاء حقيقته فانه لم يقع مخيفا فلم يقع يمينا فلا يتحقق يمين في الوجود الا بلفظ آخر وعلى الاضافة فيها اضافة لزوم نصف المهر ان تزوجها لانه يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوج خوفا من ذلك وقد اورد على هذا قوله اذا حضت فانت طالق فانه يمين مع انه لا محل فيه ولا مانع بل اضافة واجيب بان العبرة للغالب للشاذ **قوله** والاضافة الى سبب الملك يعني التزوج بمنزلة الاضافة اليه قال الشيخ الامام السيبي لا يصح لان الملك قد يتعقب سببه فاذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه اولى والا لا يقع كطلاق مع كلما كما مر موقتي بخلاف ما اذا علقه بنفس الملك فانه يتقدم الملك والجواب ما قال محمد رحمه الله حمل الكلام على الصحة اولى من الغاية فيكون قد ذكر السبب واراد به المسبب فتقدير قوله ان تزوجتك ان ملكتك بالتزوج لكن تعليل المصنف بقوله لانه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا الا ان يحمل بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب وهو بعيد اذ ليس هذا موضوعه بل هو في هذا الفن من المسئلات وكان سبب عدول المصنف عنه انهم وضعوا الدار على قولهم في قوله لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق من انه لم يتم الكلام مضمرا التصحيح والتقدير ان تزوجتك فدخلت حتى يصح ويقع كما قال ابن ابي ليلى

لان اليمين مذموم في الشرع او غير مطلوب فلا يحتاط في تصحيحه وبذا يندفع ذلك الجواب ويكفي في جواب ابن ابي ليلى ما قدمه المصنف لكن لا يخفى ورود
ان يقال لم لا يراد بالسبب المسبب وحقيقته والاولى تصحيح اليمين فيلزم ما شاء في المنقول عن ابي ليلى وعلى الثاني يرد ما قال شمس الائمة السرخسي والاولى
ان يدفع ما قال به ابن ابي ليلى بانه لا طريق الى تحقق تلك الارادة لانتفاء الحقيقة وطريق المجاز بخلاف ما نحن فيه وعلى هذا الاتيس المذكور في الكشاف
قبل الاولى ان يقال الاضافة الى سبب الملك مرادبها الاضافة الى الملك كما اجاب به محمد رح فرع لو قال ان تزوجتك فانت طالق قبل
ثم قالها ابو حنيفة ابو يوسف رح لانه عاقبه بالنكاح وذكر ما هو وعدا لا يقدر على ايقاعه فيه فاتى ذكره الوقت وبقي التعليق وقالا لا يقع لان المعلق كاللفظ
عند الشرط ولو قال قد تزوجتك انت طالق قبل ان انكحك لا تطلق كذا هذا ولو قال لوالديه ان زوجتها امرأة فهي طالق ثلثا فتزوجها امرأة بغير
امرهما لا تطلق لان التعليق لم يصح لانه غير مضاف الى تلك النكاح لان تزويج الوالدين بغير امره غير صحيح ولو قال لاجنبية ما دمت في نكاحي
وكل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق اما اذا قال لها ان تزوجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها
وتزوج غيرها تطلق قوله والفاظ الشرط الخ ومن جملتها لو ومن باي واي وايان واين ومتى وجميعها تجزم الا لو واذا وقبل تجزم بها اذا زيد بما في المشهور
انها تجزم بادما في التعريف وكذا لو قال رح لو يشاء طارية ذو ميعة * لان الشرط مشتق من العلامة يعني اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك
قال تعالى فقد جاء اشراطها اي علاماتها وبذا لان الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة والافتراق بين لفظ علامة وشرط وقوله فتكون
علامات على الجنس والمراد هو وقوع الجزاء فالحاصل ان معنى الفاظ الشرط علامات وجود الجزاء اي تدل على ذلك لذات الا الكل من هذه الفاظ
لوايضا كذلك في الجملة فانها كانت فعلا كذلك كان المفاد بها امتناع الشرط المستلزم لامتناع الجواب نحو لو جاءني زيد لاكرمتك فيعرف ان ذلك الاكرام
اذا وجد استلزم وجود الجواب لان اللازم يثبت عند الملزوم وعلى هذا فجميع الادوات تفيد الوجود لوجود الا ان لما كانت اعم حيث وصفت
لافادة ان الشرط قد وجد وفرع منه خصت بقولنا صرف وجود لو جود ولو وضعت لافادة امتناع الملزوم دلت على الوجود لوجود
بالالتزام فخصت بحرف امتناع فلم يذكر المصنف لان مقصوده بيانه اعني التعليق على ما على خطر الوجود لانها افادت تحقق جملة فلا يحصل
منه اليمين وان كان لو قال لو دخلت فانت طالق تعلق الطلاق كما ذكر التمرتاشي ويروى عن ابي يوسف ولكن ليس معناها الاصلي ولا المشهور
ولذا قال بعضهم لا يتعلق وفي الحاوي في فروع لو قال انت طالق لو تزوجتك تطلق اذا تزوجها وقد مر وفي قوله تعالى وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية
الآية تذهب بعض النحويين الى تجويزه واكثر المحققين انها ليست الا للتعليق في الماضي واجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم وكذا العدم حصول
منه اليمين في التعليق بلا لم يذكرها وذكر كلا ليست شرطا لثبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بامر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة للاسم
الذي اضيف اليه فرع قال انت طالق لو لا او خولك او لا ابوك او مهرك لا يقع وكذا في الاخبار بان قال طلقتك بالامس لو لا كذا واعلم ان وضع
وجب الفاء لا يتحقق التعليق الا بها الا ان تتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في رح هو الجواب او تضمن الجواب بعده والمقدم دليله اما التفتيش
فنظره من جهة المعنى فلا حاجة من اعتباره الجواب فاذا قال ان دخلت الدار انت طالق وقع للحال فان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه وعن
ابي يوسف ولا يتجه حمل الكلام على الفائدة وتضمن الفاء كما في قوله من يفعل الحسنات الله يشكرها وفرع بما اذا اجاب لو او فانه تجزم وملغو الشرط مع
كون تعليقه حتى لو نواه دين وفي الحكم رواياتان وذكر في النهاية قال في الدراية ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح ويحمل الواو على الابتداء

قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط حلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لعدم وجود الفعل مرة بعد مرة بتكرار الشرط وكذا انتهاء اليمين في قوله لان كلمة كلما انما تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية

وفيه ضعف لان واو الابتداء لا تستعمل الا في اول الكلام وهو اضع الفاء جمعت مثاريد في بيت هو بالطلبية واسمية وبجاوزه وبجاورن وبقدوبالسين واجبت وذكر بعض زيادة على ذلك وايضاحه ليفهم منظمتها في ثلاثة ابيات هي بدء تعلم جواب الشرط حتم قرانه بالفاء اذا ما فعله طلبا اتى بكذا جامدا او متصرفا كان او بقد + وربما وسين او بسوف او بدر يا فتى + واسمية او كان منفي ما وان + ولن من بعد عما قد نهى + ولواخر الشرط واوخل الفاء في الشرط بان قال انت طالق فان دخلت الدار لان الرواية فيه فيمكن ان يقال يتنجز لان الفاء صلة ويمكن ان يقال تعليق لان الفاء حرف تعليق قياسا الى الكوفة في حذف الفاء في موضع وجوبها وذكر الواو مع الجواب ان يكون التنجيز وجب اللفظ الا ان ينوي التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق اذ كل مدلول اللفظ فلا يثبت الا بالنية والفاء وان كان حرف تعليق لكن لا يوجبه الا في محله فلا اثر لنيته هنا ولو قال انت طالق ان تنجز عند محمد ولعدم ما يتعلق وعند ابي يوسف مع لا الان ذكره بيان لارادة التعليق ولو قال انت طالق وخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط الان ذلك في غير المعينة مثل المرأة التي اتزوجها طالق اما في المعينة فلغو عما قدمناه اول الباب ولو قال انت طالق ان خلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور لانها للتعليل والشرط وجود العلة وقد ناظر محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي انها بمعنى اذا استدلالا بقوله يمينون عليك ان اسلموا وبقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الارض وتخر الجبال هدا ان دعوا الرحمن ولد وقول محمد اولى لان هذا اصل لمعناها كما وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما ولو قال انت طالق ان دخلت طلقت بكل حال لان الواو في شأنه عاطفة على شرطه وهو نقيض المذكور على ما عرف في موضعه تقديره وان لم تدخلي وان دخلت وهي الوصيلة وتقع في الحال بقوله انت طالق ان دخلت وبقوله ادخلي الدار وانت طالق تعلق بالدخول لان الحال شرط مثل اذا لقيا وانت طالق للتعلق

قوله وفي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط حلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فوجود الفعل مرة تمام الشرط واذا تم وقع الحنث فلا تتصور الحنث مرة اخرى لان اليمين اخرى لعموم تلك اليمين وليس فليس وقال البعض في معنى انها لتقييد التكرار كقوله متى تأته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عنده خير موقد والحق انها انما تفيد عموم الاوقات بمعنى ان اي وقت تأتي تجد ذلك ففي سنة خرجت فانت طالق المفاد ان اي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فاذا تحقق في وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر الا لو افادت التكرار وان مع لفظ ابدا معدومي اللفظ متى بانفراده فاذا قال ان تزوجتك فلانة ابدا فهي طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق كذا اجاب ابو النصر الدبوسي ومن غرائب المسائل ما في النهاية من قال لغسوله ان دخل سنكن فهي طالق قد خلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لان الفعل وهو الدخول اضيف الى جامد فيراد به عمومه عرفا بعد مرة اخرى استشهد بقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا افاد العموم ولذا كرر الجزاء على قاتل واحد وبما ذكر محمد في السير الكبير اذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما واستشكل فان العموم في الاول للعموم المجموعي والثاني للاستغراقي ثم رجع الضمير من قتله اليه ضمير من قتل فصليه جزاؤه فعم لذلك لا لما ذكر وعموم الثاني بدلالة المقام وهو ان مراده التشجيع وكثرة القتل قيل والاولى الاستشهاد بقوله تعالى واذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا الآية حيث يجرم القعود مع الواحد في كل مرة فقد افادت اذن التكرار لعموم الاسم الذي نسب اليه فعل الشرط والاوجه ان العموم بالعلة لا بالصيغة فيها لما فيها من ترتيب الحكم وهو الجزاء في الاول منع القعود على المشتق منه وهو القتل من الموصول فيتكرر به وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال لاجنبية امرأة اتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل مرأة اتزوجها حيث يعم لعموم الصفة واستشكل حيث لم يعم اي امرأة اتزوجها لعموم الصفة قوله لانه في كلما يتكرر ومن لطيف مسائلها اذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما طلقتك فانت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان ولو قال كلما وقع طلاقي عليك فانت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث والفرق

الكتاب

ومن ضرورة التعميم التكرار قال فان تزوجها بعد الثلاث بعد زوج آخر وذكر الشرط لم يقع شئ لان باستيفاء الطلقات الثلث الملوكات فى هذا النكاح لم يبق الحلف لوجود بقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رح وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على قوله للزوج ان قال كلما تزوجت امرأة فى طالق تعلقت بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها بايقاع مالك عليه لمس الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقى والجزاء باق لبقاء محله فبقى اليمين بتمامه وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين بعد ذلك واو وجد الشرط فى غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شئ لانعدام المحلية واو اختلفا فى الشرط فى الصور قول الزوج لا ان تصعد المرأة السمينة لانه متمسك بالاصل هو عدم الشرط ولانه منكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كل الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها مثل ان يقول لم حضت فانت طالق وقالت قد حضت طلقت هى ولم تطلق فلانه رد وقوع الطلاق استحسانا والقياس ان لا يقبل لانه شرط فلا تصدق كما فى الدخول وجه الاستحسان انها امينة فى حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها

ان الشرط فى الثانية اقتضى تكرار الجزاء تبكرر الوقوع فتكرر الا ان الطلاق لا يزيد على الثلث فيقتصر عليها وفى الاولى اقتضى تكرار الجزاء تبكرر الوقوع فتكرر الا ان الطلاق لوجود الشرط فيقع تطليقتان احداهما بحكم الايقاع والاخرى بحكم التعليق **قوله** ومن ضرورة التعميم التكرار الخ وفى كل عموم ولا تكرار فانه لو قال كل امرأة اتزوجها طالق فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق واما الوقوع على امرأة اخرى تتزوجها فباعتبار عموم الاسم ولم يشأ من نفس الشرط واجب بان المراد تعميم الافعال والتكرار من ضرورته لانه كما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الامثال من واحد **قوله** ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق بحنث بكل مرة ابدا لان الشرط يوجد فى المستقبل وهو غير محصور وكلما وجد الشرط تبعه الملك الثلث فيتبعه جزاؤه وعن ابى يوسف فى المنتقى اذا قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق فتزوج امرأة طلقت فان تزوجها ثانيا لا تطلق الا مرة واحدة ولو قال لك المعينة كلما تزوجتك وتزوجت فلانة تكرر اتفاقا واستوضحها اذا قال كلما اشتريت ثوبا او ركبت دابة لا يلزمه ذلك الا مرة واحدة والحاصل ان كلما عند ابى يوسف رح انما توجب التكرار فى المعينة لا فى غير المعينة وحقيقة البحث ادعاء واتحادا والحاصل بين كل وكلما اذا انسب فعلها الى منكر فان قلت بينهما فرق فان كلا يقتضى عموم الاسماء وعموم الافعال تثبت ضرورة وكلما تقتضيه فى الافعال وعموم الاسماء تثبت ضرورة فاذا وجد فى لفظ كل اسم واحد انحلت فى حقه ولا يتكرر به نفسه وبقيت فيما سواه من الاسماء وفى كلما اذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الافعال المماثلة سواء تعلقت بالتعلق به الاول او لا قلنا قد اعترفتم بثبوت عموم الاسماء ضرورة ولا حاجة بنا الى النظر الى سببه اذ المقصود انه ثبت العموم فى الافعال والاسماء فصار الحاصل كل ما تزوج لكل امرأة وفى مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهرا عادة وقررناه فى ركب القوم ودوابهم وجعلوا حاصل بعض فى آذانهم فانهم بالضرورة انما اذا انحلت فى فعل انحلت فى اسمه فلا تتكرر الحنث فى امرأة واحدة وبهذا يجامع بين هذه المسئلة وبين ما قاس عليه من المسئلتين ويدفع بان انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوى وهو منتف لان دائرة عموم الافعال اوسع لان كثيرا من افراد ما يتحقق بالتكرر من شخص واحد قد فرض عمومه بكلما فلا يمتنع كل اسم بفعل احد فقط والله الموفق للصواب اليه المرجع والمآب **قوله** وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا اذا قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق ولا بد من تقييد عدم البطلان بما اذا زال الملك بما دون الثلث اما اذا طلقها ثلاثا فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما سياتى ثم ان وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين الى آخرها فى الكتاب هذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلث خلافا لزفر رح كذلك يبطل بالجناية بدا الرهن عند ابى حنيفة رح خلافا لهما حتى لو دخلت الدار بعد الجناية وهى فى العدة لا تطلق خلافا لهما وفائدة الخلاف فيما اذا جاء ثانيا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينقص من عدد الطلاق شئ عنده وينقص عندهما **قوله** وان اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وعلى هذا لو قال ان لم ادخل اليوم فانت طالق فقالت لم ادخل وقال دخلت فالقول له وان كانت متمسكة بالاصل وهو عدم الدخول لو قال ان لم اجامعك فى حيضتك فانت طالق فقالت لم تجامعنى وقال فعلت فالقول له مع انها متمسكة بظاهر من عدم الجماع وحيضة فى الحيض الدائمة الى عدمه لكونه منكرا الطلاق واستحضر هنا فى النكاح لو قال لم الغك الجبر فسكت وقالت ودت القول قوله خلافا لزفر رح ايضا هذا اصل كلى بخلاف ما لو قال وهى فى طهر خال عن الجماع انت طالق للسنة ثم قال جامعتك فى حيضتك فانكرت فالقول لها انها كانت طاهرا لانه يريد ابطال حكم وقع بعد وجود السبب والمضاف اليه اما الاول فان المضاف سبب فى الحال واما الثانى فلان الوقت وقت طلاق السنة بالفرض فان

كما قبل في حق العتق والنسيان ولكنهما شاهدة في حق ضرتها بل في حق نفسها فلا يقبل قولها في حقها بل كذبك لو قال ان كنت تحيضين ان دخلت الدار فانت طالق وشهد حر فقالت احبلت او قال ان كنت تحبينني فانت طالق وهذا معناه فقالت احبك طلقت في الحال ولم يتعلق العتق ولا تعلق ما حلفت به مما لا يتيقن بكذبها لانها شاهدة بعضها اياه قلت يجب التخليص منه بالعذاب في حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها يبقى الحكم على الاصل وهي الشبهة واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالاستدلال تبين انه من اول الرحم

كان الشرط الا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها عليه الاربعة رحمهم الله تعالى وعن احمد لا يقع وتخبر بما النساء باب حال قطنة في فرجها في زمان قالت ذلك ووقع بانها امينة مامورة باظهارها في رحمها بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن تحريم كتمانها امر بالاظهار وفائدة الامر بالاظهار ترتيب احكام المظهر وهو فرع قبوله مع ان ادخال القطنة لا توصل الى علم ولا ظن بجواز اخذ دم من خارج تحت قوله لم تطلق فلانة هذا اذا كذبها الموصدقها طلقت فلانة ايضا وكذا في جميع نظائره قوله كما قبل في حق العدة اي انقضائها حتى لو طلقها طلاقا رجعيا ثم لم يراجعها فقالت له بعد عدة تحمل صدقها فقد انقضت القطع حق الرجعة او قالت لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحتمله جاز له تزويجها اذا غلب على ظنه صدقها والنسيان اي حل الوطي وحرمته فلو قالت انا حائض حرم او طاهر حل او قالت للمطلق ثلثا تزوجت شتان وغشيني حلت له لا يقال ما تكون حاضت او لا فعلى الاول يقع عليها وعلى الثاني لا يقع واحدة منها لانا نقول المنظور اليه في حقها شرعا الاخبار به لانها امينة وفي حق ضرتها حقيقته وشهادتها على ذلك شهادة فرد واخباره به ليس بحجة في حقها مع التكذيب لا بد في ان يقبل قول الانسان في حق نفسه لغيره كاحد الورثة اذا اقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه لا يصدقه الباقون والمشتري اذا اقر بالمبيع لمستحق لا يرجع بالثمن على البائع هذا انما يقبل قولها اذا اخبرت بالحيض وهو القائم اما بعد الانقطاع فلا لانه ضروري فيشترط قيام الشرط بخلاف قولها انقضت حيضتي حيث يقبل قولها في الطهر الذي في الحيضة لا قبله ولا بعده حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وانا الان حائض بحيضة اخرى لا يقبل قولها ولا يقع لانها اخبرت عن الشرط حال عدمه ولا يقع الا اذا اخبرت عن الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فح يقع وهذا لانها جعلت امينة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بهما فلا تكون هي مؤتمنة حال عدم تلك الاحكام لعدم الحاجة اذ كذبها الزوج ولو قال لامراتيه اذا حضتما فانتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما الا ان يصدقهما فان صدق احدهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وان كن ثلثا فقال ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن الا ان يصدقهن وكذا ان صدق واحدة منهن فان صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات ولو كن اربعا والمسئلة بحالها لم يطلقن الا ان يصدقن وكذا ان صدق واحدة او ثنتين وان صدق ثلثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والاصل ان حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا وان حاض بعضهن يكون ذلك بعض ما يثبت به الحكم فلا يثبت وان قلن جميعا حضنا لا يثبت حيض كل واحدة الا في حقها الا ان يصدقها فيثبت في حق الكل وان صدق البعض وكذب البعض نظر فان كانت المكذبة واحدة طلقت هو احتياطا لتمام الشرط في حقها لان قولها مقبول في نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لان المكذبة لا يقبل قولها في غيرها فلم يتم الشرط في الغير وان كذب اكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها الا في حق نفسها وكان الموجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواهن جميعا قوله وكذلك اذا قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله فانت طالق فقالت قد حضت وكذبته طلقت قضاء وديانة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسئلة الكتاب وقال محمد رح

فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها الان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا اخرجه في حديث الاستبراء وكما ليها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا حضت يوما طلقت حين تغيب الشفق من اليوم الذي تحيض لان اليوم اذا قرن بفعل يعتبر ما يليه من النهار بخلاف ما اذا قال لها اذا حضت لانه لم يقدره بمقدار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما اولا لزمه في القضاء تطليقة وفي التقدير تطليقتان وانقضت العدة لانها الولد لت الغلام او وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال لانقضاء فاذا في حال يقع واحدة وفي حال يقع ثنتان فلا يقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى لن تلحق بالثنتين تنزلها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا

لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان صدقت لان الاصل في المحبة بالقلب واللسان خلف عنه وتقييده بالاصل يدل على ان الحيضة قائمة لعدم امكان الوقوف على ما في قلبها وجب النقل الى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه وفي الشهرية ما يدل على ان المحبة بالقلب لا تتصور ان امكن الاطلاع عليها وهو قال لامرأته انت طالق ان كنت اتاك كذا ثم قال لست اتيته كاذبا فيما بينه وبين الله تعالى واستكمل الخمسين بذا بانه ان لم تعلم ما في قلبها لم يعلم ما في قلب نفسه لكن الطريق ما قلنا ان القلب منقلب لا يثبت على شيء فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر والاحكام انما تناط بالامور الظاهرة لا الحقيقة كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى قابه واعلم ان التعليق بالحيض انما يفارق التعليق بالحيضة في انه يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت اخترتك لا تطلق وانها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى وفي الحيض لا تقتصر على المجلس على سائر التعليقات ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان تكون صادقة **فرع** في الجامع الاصغر قال الفقيه ابو جعفر اذا قالت المرأة لزوجها شيأ من الليل بخوفرطبان وسفله فقال ان كنت كما قلت فانت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت او لم يكن لان الزوج في الغالب لا يريد الا ايقاع الطلاق كما اذا تزوج فقال الاسكاف فهين فقالت يا قرطبان فقال زوجها ان انا قرطبان فانت طالق تطلق وان قال اردت الشرط لا يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ونص بعضهم على ان فتوى اهل بخارا على الجواز دون الشرط **قوله** فكان حيضا من الابتداء يجب على المفتي ان يعين ذلك فيقول طلقت حين رأت الدم وتظهر ثمرة الاستناد فيما اذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم او كان المعلق بالحيض عبدا فجني العبد وجنى عليه بعد رؤية الدم قبل ان يستمر فانه اذا استمر ثلاثة ايام يصح النكاح ويعتبر في العبد جنايته الا حرار ولا يكتب هذه الحيضة من العدة لانها بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم ان يقع الطلاق بعد بعضها **قوله** ولو قال لها ان حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر اي يحكم بطهرها عن هذا افترق الحال بين ان حضت حيضة فانت طالق وان حضت حيث لا يكون الا دون عشرا لانه انما يقع في الطهر بخلاف الثاني ثم انما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال وما يقوم مقامه من صيرورة الصلوة دينا في ذمتها واما في العشر فبمرور الانقطاع **قوله** لان الحيضة بالهاء هي الكاملة عن هذا قالوا نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لانه اسم للكامل وهي لا تتجزى خلافا لزفر في قوله تطلق بحيض حيضة ايام للتيقن بالنصف قلنا هذا النصف اقصى مدته لا نصف الدور ولو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض واذا قال لطاهر انت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض فتطهر لان اليمين تقتضي شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه وما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي يتبع للماضي فلا يتناوله اليمين كما لا يتناوله الماضي بخلاف قوله انت طالق قبل ان تحيضي حيضة بشهر حيث تطلق اذا حاضت فلا ينظر الطهر والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضة وسنتكلم عليه في موضعه ان شاء الله تعالى **قوله** بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمقدار اذ لم يقل اذا صمت يوما او شهرا فتعلق بالمسمى صوما في الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بامساك ساعة فيقع به وان قطعه بعده وكذا اذا صمت في يوم او في شهر لانه لم يشترط كماله بخلاف ما اذا قدره بمقدار كذا اذا صمت يوما فانه لا يقع الا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه ونظير اذا صمت يوما اذا صمت صوما لا يقع الا بتمام يوم لانه مقدر بمقدار واذا صليت صلوة يقع بركعتين وسنذكره **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما الاول لانه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع بالاخر حتى لان الطلاق المتعاقب

وان قال لها ان كلمت بابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت بابا عمرو ثم تزوجها فكلمت بابا يوسف فهي طالق ثلثا مع الواحدة الاولى، قال زفر هذه على وجوه أما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر أو وجدا في غير الملك فلا يقع أو وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع أو وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب بخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ تمامي حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم لان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك اذ بقاءه بمحله هو الاصل

لانقضاء العدة لا يقع وان اختلفا فالقول للزوج لانه منكر للزيادة وتقرير المسئلة واضح من الكتاب وما عن الشافعي رحمه الله من انه يقع الثلث لاتصال المزوج سئل قيل يبنى ان لا يعول عليه لانه مستحيل عادة غير انه ان تحقق ولادتهما معا وقع الثلث ويعتد بالاقراء ولو ولدت غلاما وجارية لا يدري ايهما وقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه لان الغلام ان كان اولا فانيا تطلق ثلثا واحدة به وثنتين بالجارية الاولى لان العدة لا تنقضي فانتفى في البطن ولدان كان آخرا لقيت ثنتان بالجارية الاولى ولا يقع بالثانية شيء لان اليمين بالجارية انحلت بالاولى ولا يقع شيء بالغلام لاحتمال انقضاء العدة قبيل ولادته فتطلق ثنتين فيحكم بالاقل قضاء وبالاكثر تنزها ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث لانه ان كان الغلامان اولا وقعت واحدة بولادتهما ولا يقع بالثالث شيء ولا بالجارية الاخيرة لانقضاء العدة وان كانت الجارية اولا او وسطا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام الاول او الاخير وفيما بين ثلث وواحدة ولو قال ان كان حملك غلاما فانت طالق واحدة او جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لان حملك اسم جنس مضاف فيعم كل حمل لكن لكل غلاما او جارية لا يقع كما في قوله اذا كان ما في بطنك غلاما والباقي بخلافه كقوله ان كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق او دقيقا فطالق فاذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق ولو قال ان كان في بطنك غلام والباقي بخلافه وفي الجامع لو قال ان ولدت ولدا فانت طالق فان كان الذي تلده غلاما فانت طالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلث لوجود الشرطين لان المطلق موجود في المقيد وفي قول مالك والشافعي رحمهما الله قوله ان قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف حاصل معنى الخلاف انه اذا اجمل الشرط فعلا متعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما بحرف الواو وضعا لوقوع قيام الملك عندهما وقال زفر عند كل منهما وقياسا فيما اذا كان فعلا قائما بشيئين من حيث هو قائم بهما ان يكون كذلك مثل ان يقول لعبد زيد وعمر فانت طالق فان الشرط محبتهما فلا يقع طلاق واحدة الا ان يحب كل منهما وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك في مسئلة اذا اجتمعا فانتما طالقان وجعلنا في المكتر مسئلة الكتاب من يتقدد الشرط ليس بذاك لان تعدد يتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه ولا يستلزم تعدد تعدد فانها لو كلمتهما معا يقع الطلاق لوجود الشرط وغايته تعدد بالقوة وجه قول زفر اعتبار الاول من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عندهما وانه نافي حكم الطلاق كالشيء الواحد لتوقفه على كل منهما ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم وانما الشرط لصحة ما نحن فيه معنى الاهلية قيام الملك في الحال او كون الشرط الملك ليصير الجزاء في الاول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا الى ظهور الاستصحاب وتنتفي في الثاني فيتحقق بالملك عند اليمين وهو الاضافة المحاذية على الاشياع او الفعل فاذا تمت لا يحتاج في بقائها الى ذلك الان بقائها بعد تحقق حقيقتها بقيام الذمة فانما يحتاج اليه لوقوع الحنث او الحنث لاثبات الاعدد الاخير فلا يشترط الملك لا عند وجوده ولا وعده المضيف في اوائل الكتاب واما الشرطان فتحققها حقيقة تكرار اذا تهما وهو على وجهين بواو وبغير واو اما الثاني فكقوله ان اكلت ان لبست فانت طالق لا تطلق ان لم يلبس ثم اكل فتقدم المؤخر وهو الذي سماه محمد تعذر من الشرط على الشرط وهو مذكور في الجامع قال اما امرأة اتزوجها ان كلمت فلانا فهي طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير ان كلمت فلانا وكل امرأة اتزوجها فهي طالق واستغنى عن اعادة بتقديم الجزاء فالكلام شرط الانقضاء والتزوج شرط الانحلال وحاصله قوله تعالى ولا ينفعكم نصحي ان اردت ان انصح لكم ان كان الله يريد ان يغويكم المعنى ان كان الله يريد ان يحكم بغوايتكم فلا ينفعكم نصحي ان اردت ان انصح لكم وقوله لابنه اذا اراد امرأة مومنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها فالجواب ظاهر لان امرأة مومنة بعينها لا تهب نفسها للنبي ان اراد النبي فالمعنى ان اراد النبي ان ينكح مومنة وهبت نفسها فقد علمنا ووجه المسئلة انه لا يمكن ان يجعل الشرطان شرطا واحدا لزوال الجزاء لعدم العطف وان روي عن محمد في غير رواية الاصول الرجوع عن التقديم والتاخير وان كل شرط في موضعه وهو راي امام الحرمين من الشافعية لان الاصل عدم التقدير لا دليل والكلام في الجواب

ن الباب

ثم تزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار يقع ثنتان وان تزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار يقع ثلاث

لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وتبقى احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي الملائمة لان الظاهر

عدم ما سبقه فاشبه ما لو اليمين بعقد البيع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه

وقد فات بتجديز الثلث للمبطل للحيلة فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا بانها لان الجزاء باق لبقاء محله

الاغلب ولان الشرط الثاني مع ما بعده هو الجزاء لعدم الفاء الرابطة وفيه التقديم والتاخير اذ هو من اضمار الحرف لانه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شيء آخر

وكان قوله ان كلمت متقدما من تاخير لانه في حيز الجواب المتاخر والتقدير ان لبست فان كلمت فانت طالق وبناء على هذا قلنا من لزوم التنجيز في مثل ان دخلت

الدار فانت طالق وعلى هذا قلنا من ابي يوسف ومن لزوم الاضمار في الغاية يجب ان لا يعكس الترتيب في التجريد لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ان كلمت

فلانا لابد من اعتبار الملك عند الشرط الاول فان طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلانا فهي في العدة طلقت انتهى وهو على

الظاهر من التقديم والتاخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده وعلى هذا اذا قال ان اعطيتك ان وعدتك ان سالتني فانت طالق لا تطلق

حتى تسأله اولا ثم تعده ثانيا ثم تعطيها لانه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال كانه قال ان سالتني ان وعدتك ان اعطيتك وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي

رحمهما الله ومن المحاربة من قيد ذلك بما اذا كان الشرط باذا فان كان بان تطلق لوجوده بها كيف كان بان المعروف في ذاك اذا لان واما الاول فاذا قال انت طالق

او اقدم فلان واذا قدم فلان او ذكر كلمة ان او متى فانها قدم او لا يقع الطلاق ولا يشترط قدوم الآخر وان قوله انت طالق اذا قدم فلان يمين تام لوجود

الشرط والجزاء والشرط الثاني للجزاء لانه اذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه تعلق جزاؤه بعينه به كانه قال ح واذا قدم فلان فانت طالق تلك التعليقة فلذا

لو قدما معا لم يقع للاطلاق واحد وكذا اذا دخل الجزاء بين الشرطين فقال ان قدم فلان فانت طالق واذا قدم فلان ايهما سبق وقع ثم لا يقع عند الشرط

الثاني شيء الا ان ينوي ان يقع عند كل واحد تطليقة فيقع اخرى عند الثاني وان اخر الجزاء فقال اذا قدم فلان واذا قدم فلان فانت طالق لا يقع

حتى يقدما لانه عطف شرطا محضا على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصار شرطا واحدا فلا يقع الا بوجودهما لانه لو وقع باولهما صار عطفها على اليمين كالاول

لا على الشرط فقط فان نوى وقوع الطلاق باحدهما صحت نيته وبنيته تقديم الجزاء على احد الشرطين وفيه تغليظ على نفسه فاما اذا عطف بلا او اذا شرط

كان الجميع شرطا واحدا كما في مسئلة الكتاب الا ان ينوي وقوع الطلاق باحدهما لانه نوى احد كلمة الشرط كذا في شرح الزيادات تنبيه يشترط في صحة

الشرط الاتصال كالاستثناء وعوض المنوبنيه وبين الجزء فاصل يبطل التعليق وفي الجامع لو قال ان دخلت ان دخلت فانت طالق تعلق استحسانا

وقال الكرخي ينبغي ان لا يتعلق على قوله لان الثاني لغو كقوله حر حر ان شاء الله على قوله والجواب انه تاكيد بخلاف حر حر لان التاكيد بالعطف لا يكون

بالواو فانها تنشأ كلمة حر حر ان شاء الله ولا يتعلق فيه اجمعوا ان السكوت واللغو لا يمنعان العطف ما دام في المجلس كذا في الذخيرة لان العطف غير

مغير بل يقرر بخلاف الشرط والاستثناء واذا تعقب الشرط الجزاء ليست ايمانا تامة كما ذكرناه من قريب قيد الكل بقوله واذا قال انت طالق وعبده حران كلمت

فلانا تعلق كل منهما وعن هذا اذا قال انت طالق واحدة وثنتين فثلثا او ربعا ان دخلت صح التعليق فتعلق الثلث قوله وان قال لها ان دخلت الدار

فانت طالق ثنتا وطلقها ثنتين الى آخره فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث اما عند محمد فلان الباقي

واحدة وبها يحمل الثلث واما عندهما فالثلث المعلقة بواسطة ملكه لثنتين بالهدم مع الواحد الباقية وانما تظهر فيما اذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوجت

بغيره ثم عادت الى الاول ثم وجد الشرط فعند محمد يحرم حرمة غليظة وعندهما لا اذ يملك بعد الوقوع ثنتين قوله وسنبينه من بعد ونحن بينه هناك

ان شاء الله قوله ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لما قدمنا من ان سنن اليمين انما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الاضافة والظاهر

عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لانه موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم فراقها وعودها الى الاول لانه عقد يقصد للعمر

فلا يكون غير الملك القائم مراد العدم تحقق اليمين باعتباره فتعتبر الاضافة بهذا الحال المتكلم اعني ارادة اليمين وايضا بوقوع الثلث خرجت

ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلثا ولن لبث ساعة ثم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر ولكن اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف رح انه وجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب عليه الحد للاشتباه وجه الظاهر ان الجماع اذا دخل الفرج في الفرج ولا دوام للادخال فخلاف ما اذا اخرجه ثم ادخله لانه وجد الادخال بعد الطلاق لان الحد لا يجب بالشبهة الا بالاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد لعدم الجماع وجب العقر اذ البطئ لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا بالاتفاق عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لوجود المساس وكذا نزع ثم اولجه صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع **فصل** في الاستثناء

عن المجلسية لانها تحدث مجلسها بعد الثاني فصار كالمرتدة تحدث مجلسها بالاسلام وبطلان المجلسية للجزاء بطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار فجعلت بستانا او حمامات بقي اليمين فهذا كذلك بخلاف قوله لعبده ان دخلت فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لان مجلسيته بارق ولم تنزل بالبيع وبخلاف ما اذا طلقها ثنتين والمسئلة بحالها ثم تزوجت بغيره ثم عادت اليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق خلافا لزفر حيث يقع الواحدة الباقية لانه استفاد حلا جديدا يملك به الثلث لان عدم بقاء اليمين لعدم المجلسية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عوده اليه وورد بعض افاضل اصحابنا انه يجب ان لا يقع الا واحدة كقول زفر رح لقولهم المعلق طلقات هذه الملكات الفرض ان الباقي من هذه الملكات ليس الا واحدة فكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال انت طالق ثلثا فانما تقع واحدة لانه لم يبق في ملكه سواها والجواب ان هذه مشروعة والمعنى ان المعلق طلقات هذا الملك الثلث ما دام ملكه بها فاذا زال بقي المعلق ثلثا مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلا للطلاق فاذا انجز ثنتين والشك ملك الثلاث فبقي المعلق ثلثا مطلقة وبقيت محليتها واكمن وقوعها هذا ثابت في تخيير الثنتين فيقع والله اعلم وبخلاف ما لو قال ان دخلت فانت علي كظهر امي ثم طلقها ثلثا ثم عادت اليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لان الظهار تحريم الفعل لا الحل لاصله الا ان قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء الشرط كالشهود في النكاح اما الطلاق فتحريم الحل وقد فات تخيير الطلقات **قوله** ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلث ثم لم يخرجه في الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر اي لتقرر هذا اللبث بخلاف ما لو اخرجه ثم ادخله وكذا اذا قال لامته ان جامعتك فانت حرة عتقت بالتقاء الختانين فاذا مكث بعده لا يجب عقر لها عن ابي يوسف رح اذ وجب العقر في الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبقي العقر وجه الظاهر ان الجماع الادخال وليس له دوام حتى يكون له دوام حكم الابتداء بخلاف ما لو اخرج ثم ادخل لانه وجد الادخال لان الحد لم يجب لشبهة الاتحاد اي فيه شبهة انه جماع واحد وقد كان اوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وذلك بالنظر الى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد واذا امتنع الحد وجب المهر لان التصرف في البضع المحترم لا يخلو عن حد او مهر جابر ولو كان الطلاق المعلق في هذه المسألة رجعيا يصير مراجعا بالاتفاق عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد ان الدوام ليس بمتعرض بالبضع على ما مر فلم يوجد سبب مستأنف للعقر بخلاف ما اذا اخرجه ثم ادخل فانه يصير مراجعا بالاجماع وعن محمد رح لو ان رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة فان لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطي ومهر بالعقد وان لم يستأنف الادخال لان دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وقد تقدم

فصل في الاستثناء هو بيان بالا واحدى اخواتها ان ما بعدها لم يرد بحكم الصدر وهذا يشمل المتصل والمنقطع حد اسميا المفهوم لفظ استثناء اصطلاحا على انه متواطئ وعلى انه حقيقة في الاخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز فيه لبعض غيره وراء الكائن بعض الجنس في المتصل فتقييد بغيره في المنقطع والاوجه كون الخلاف في ان الاحقيقة في الاخراج لبعض الجنس من الحكم فقط وفيه من غير الجنس ايضا بالتعاطي والاشتراك اللفظي فانه قيد بخلاف معنى لفظ استثناء فانه لا طائل تحته بل لا حاجة اليه والحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من اثبات موجبه الا ان التعليق يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم مسئلة ان شاء الله تعالى لمشابهتها الشرط في منع الكل وذكر اداة التعليق لكنه ليس على سبيته الا انه منع الا الى غاية والشرط منع الى غاية تحققه كما يفيده اكرم بني تميم ان دخلوا ولذا لم يوردوه في بحث التعليقات ولفظ الاستثناء اسم توقيفي قال تعالى ولا يستثنون اي لم يقولوا ان شاء الله وللمشاركة في الاسم ايضا اتجه ذكره في فصل الاستثناء وانما يثبت حكمه في صيغ الاخبار والكلام انشاء يجاب لا في الامر والنهي

واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق

لو قال اعتقوا عبدي من بعد موتي ان شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهم عتقه ولو قال بع عبدي هذا ان شاء الله كان للمأمور به قبل لان الايجاب يقع لازما فيحتاج الى ابطاله بالاستثناء وذكره ليس الا لذلك والامر لا يقع لازما لقدرته على عزله فلا حاجة الى الاستثناء ليجب اعتبار صحته وعن الحلواني كما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال لوليت صوم غدان شاء الله لم تكن له ذلك النية وهل الشرط في صحته تصحيح صورته وان لم ينسمه او ان ينسمه يجري فيه الخلاف المتقدم في القراءة في الصلوة قوله واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله الخ وكذا اذا قال ان لم يشأ الله او ما شاء الله او فيما شاء الله او الا ان يشاء الله او ان شاء الجن والحائط وكل من لم يوقف له على مشيته لم يقع اذا كان متصلا فلا يفتقر الى النية حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع وحكي فيه عندنا خلاف قال حلف يقع وقال مد لا يقع وهو الظاهر من المذهب لان الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا وقال رأيت ابا يوسف رح في النوم فسألته فقال لا يقع فقلت له قال رأيت لو قال انت طالق فجرى على لسانه او غير طالق كان يقع قلت لا قال كذا اذهب لا اذكرك بها بعد ان شاء الله لما ذكرناه وصار كسكوت البكر اذا زوجها ابوها فسكتت والا فدى ان السكوت رضى يقضي به العقد عليها وفي خارج المذهب خلاف في النية قيل يشترط نية الاستثناء من اول الكلام وقيل قبل فراغه وقيل ولو بعد فراغه وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصاله به واعلم ان ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولا اسميا فمقتضاه ان تطلق واحدة رجعية لان الذي هو ما شاء الله من الواقع واحدة او ثنتين او ثلثا ولا شك في انت طالق المذكور فصار كقوله انت طالق كيف شاء الله ويحتمل كونها مصدرية اي مدة مشيته فلا تطلق فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالنجز لا يخلو عن نظر وانما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة اذا كان الاظهر كونها المصدرية الظرفية ليترجح تعليقه بالمشيئة لكن الثابت كثرة استعمالها موصولا اسميا نعم لا يقع قضاء بحر لاديانة اذا قلنا بتساوي استعمالها واخبر انه اراد الظرف اما اذا لم يكن له نية فينبغي ان يقع وعلمت انه لا يحتاج الى نية اذا قال ان شاء زيد فهو تمليك سنه سبعة فيه مجلس علمه فان شاء فيه طلقت والا خرج الامر من يده وكذا الا ان يشاء زيد او يريد او يحب او يرضى او يهوى او يريد او الا ان يبدو له غير ذلك تقيد بمجلس العلم ويشترط في ذلك كله اخبار فلان بمشيته لا مشيته ورضاه بقبله لان المشيئة واخواتها امر باطن دلالة دليل وهو العبارة فيقام مقامه كذا في شرح الجامع وكذا اذا اضاف المشيئة والثلثة بعدها اليه تعالى بالباء فقال طلاق بمشيئة الله وارادته ومحبته ورضاه لا يقع لانه من معنى التعليق اذ الباء للالصاق والكائن في التعليق الصاق الجزاء بالشرط وان اضاف الاربعة وما بعدها بالباء الى العبد كان تمليكا وان قال بامره او بحكمه او بقضائه او بارادته او بعلمه او بقدرته وقع في الحال سواء اضافه الى الله تعالى او الى العبد لانه يراد به في مثله التخيير عرفا وان قال بحرف اللام يقع في الوجوه كلها سواء اضافه الى الله تعالى او الى العبد لانه تعليل للايقاع كقوله طالق لدخولك الدار وان قال بحرف في ان اضاف اليه تعالى لا يقع في الوجوه كلها الا في قوله طالق في علم الله تعالى فانه يقع في الحال لان في بمعنى الشرط فيكون تعليقا بالايقف عليه فلا يقع الا في العلم لانه يذكر للمعلوم وهو واقع ولانه لا يصح تعليقه عنه تعالى بمجازاة كان تعليقا بامر موجود فيكون تنجيزا ولا يلزم القدرة لان المراد منها هنا التقدير وقد يقدر شيئا وحد لا يقدره حتى لو اراد حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كذا في الكافي والاوجه ان يراد العلم على مفهومه واذا كان في علمه تعالى انها طالق فهو فرع تحقق طلاقها وكذا بقول القدرة على مفهومها ولا يقع لان معنى انت طالق في قدرت الله ان في قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم سبق تحققه يقال للفاسد الحال في قدرته تعالى صلاحه مع عدم تحققه في الحال وفيه ايضا وان اضاف الى العبد بقي كان تمليكا في الاربع الاول وما معنا منها من الهوى والرضى تعليقا في المشيئة

لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه وكانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعدمها فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط

الا آخر ولا يخفى ان ما ذكره في التبيين بقوله في علم الله يأتي في قوله في ارادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع بخلاف توجيهنا ولو قال لطالق واحدة ان شاء الله وثنتين ان لم يشأ الله لم يقع شئ لان الاول لحقه الاستثناء فبطل والثاني باطل لان لو وقع ليشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه ابطاله ولو قال طالق واحدة اليوم ان شاء الله او ان لم يشأ الله فثنتين مضى اليوم ولم يلحقها وقع ثنتان لانه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فثبت انه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئة تعالى الواحدة بخلاف السابقة لان شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يكفي وقوعها مع عدم مشيئة تعالى والمسئلتان مذكورتان في النوازل وقال في المنتقى لو قال طالق اليوم ثنتين ان شاء الله وان لم يشأ في اليوم فطالق ثلاثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا وجهه ما بينا وقال ولو لم يقيد باليوم في اليمينين فهو الى الموت فان لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلثا بلا فصل وقد ظن انه يخالف مسئلة النوازل والجواب ان مسئلة المنتقى تعليق الثلث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبيل الموت اذ لو شاء الله التطليقتين لاوقعهما الزوج وفي مسئلة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله تعالى اياهما فلا يقعان ابدا **قوله** لقوله عليه الصلوة والسلام من حلف بطلاق فاستثنى فله ثنياه هذا اللفظ ومعناه مروي خرج اصحاب السنن الاربعة من حديث ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى لفظ النسائي ولفظ الترمذي فلا حنث عليه واخرجه احمد والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي حديث حسن غريب وقد روي ايضا عن ابن عمر موقوفا وعن سالم عن ابن عمر مرفوعا وكذا احمد رفعه غير ايوب السختياني وقال اسمعيل بن ابراهيم كان ايوب حيانا يرفعه حيانا لا يرفعه ينتهي به الكلمة خير قاوح في الرفع لما قدمناه في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع واعلم ان مالكا رحمه الله يقول بوقوع الطلاق مع لفظ ان شاء الله الا ان يحدث الله في اليمين البر في مجرد انت طالق ان شاء الله وسنبين ان شاء الله ذلك في كتاب الايمان واما ما اخرج ابن عدي في الكامل عن اسمعيل بن ابي الكسعي عن عبد الغفور بن ابي داود عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته انت طالق ان شاء الله فلا طلاق عليه انت حران شاء الله وعلي المشي الى بيت الله ان شاء الله فلا شئ عليه وهو معلول بما سيتحق هذا الفصل تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان لم يعلم توثيقه عن غيرهما واخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله ثنياه ضعفه عند الحق حميد وقد مر طرف الضعف عندنا وان كان يخرجه الى الحسن اذا لم يكن ضعفه بالوضع لكن هذا القدر من التردد لا يكفي **قوله** ولانه اتى بصورة الشرط اي بحرفه دون حقيقته لان مشيئة الله تعالى اما ثابتة قطعا او منتفية قطعا فلا ترد في حكمها وما يكون كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة وانه اعدام اي التعليق اعدام العلة قبل وجود الشرط **قوله** والشرط لا يعدمها فيكون اعداما من الاصل بشير الى ان التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح كقوله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط وقال اذا شاب الغراب ابيض ابي عاد القار كالابيض الحالب وعند ابي يوسف تعليق لاحظته للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو اولى وقد نقل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رح على عكسه وثمرته تظهر فيما اذا قدم الشرط فقال ان شاء الله انت طالق تعلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الابطال وفي الجمع للمصنف عكس هذا وهو غلط فاحشة بخلاف قوله ان شاء الله فانت طالق وفيما اذا جمع بين عينين فقال انت طالق ان خلت الدار وعبدي حران كلمت زيدا ان شاء الله فعلى التعليق تعود الى الجملة الثانية فلو كلمت زيدا لا يقع ولو دخلت الدار وقع وعلى الابطال الى الكل لعدم

الاولوية بالابطال فلو كلمت زيدا ودخلت الدار لايقع ولو ادخله على الابقاء عين فقال انت طالق وعبدي حران شاء الله تعالى متصرف الى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع اما عندهما فلما قدمنا من عدم الاولوية بالابطال واما عند ابي يوسف رح فلانه كالشرط والشرط اذا دخل على ايقاعين يتعاقبان به دينا اذا عطف لايحانف بالطلاق وقالوا حنث على التعليق الا الابطال وفي فتاوى قاضيخان الفتوى على قول ابي يوسف رح الا انه عزى اليه الابطال فتحصل على ان الفتوى على انه الابطال قوله ولو سكت تبت حكم الكلام الاول اي اذا سكت كثيرا لاضرورة بخلافه بخار لو تنفس وانكان له سعة بخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لايصح الاستثناء للفصل وللفصل اللغو تطلق ثلثا في قوله انت طالق ثلثا ثلثا ان شاء الله عند ابي حنيفة رح خلافا لهما لان التكرار للتاكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة ان شاء الله وهو يقول قوله وثلثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء فتطلق ثلثا وعلى هذا الخلاف عبده حر وحران شاء الله ولو قال حر حر بلا واو واستثنى لايعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التاكيد وقياسه اذا كرر ثلثا بلا واو ان يكون شاء ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله تصح فلا يعتق بخلاف حر وحر لان العطف التفسيري ربما يكون بغير لفظ الاول فلا يصح حر لقوله تفسيرا فكان فاصلا بخلاف حر وعتيق ومثل ثلثا وثلاثا ولو قال انت طالق وطالق وطالق ان شاء الله طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة رح وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق اربعا ان شاء الله ولو قال طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله صح الاستثناء اتفاقا لانه ليس بلغو لانه يثبت به تحصيل الاول ولو قال ثلثا بواو بين او البتة لايصح الاستثناء في ظاهر الرواية لانه مع الثالث لغو وعن محمد يصح هذا وبه اخذ عامة المشايخ للفصل بالذكر القليل فانه ذكر في النوازل لو قال والله لا اكلم فلانا استغفر الله ان شاء الله فهو مستثنى ديانة لا قضاء وفي الفتاوى لو اراد ان يحلف رجلا ويخاف ان يستثني في السر يحلفه ويامره ان يذكر عقيب اليمين موصولا سبحان الله او غيره من الكلام والاوجه ان لايصح الاستثناء بالفصل بالذكر ولو قال بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال ان شاء الله او اراد ان يقول فسد لسانه فاه ساعة ثم اطلقه فاستثنى متصلا برفعه صح وعن هشام سئلت محمدا عمن قال لامرأته انت طالق ثلثا وهو يريد ان يستثني فاسكت فاه قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة يعني اذا لم يستثن بعد التخلية ولا يكتفي بذلك الفصل واشتراط الاتصال قول جل العلماء منهم الاربعة وعن ابن عباس رض جوازه الى سنة وعنه ابدا وقال سعيد بن المسيب وابن جبير الى اربعة اشهر وعن الحسن البصري تقييده بالمجالس وهو قول الاوزاعي استدلالا بحديث سليمان عليه السلام لاطوفن الليلة على تسعين امراة كل تلد غلاما فقال له صاحبه يعني الملك قل ان شاء الله فنسي ان فقال صلى الله عليه وسلم لو قالها لقاتلوا اجمعا فلنا يحتمل قول الملك له قبل فراغه وقوله صلى الله عليه وسلم لو قالها يعني متصلا واستدل المطلقون بظواهر منها انه صلى الله عليه وسلم قال في مكة لايختلى خلاها الحديث فقال له العباس رض الا الاذخر فسكت ثم قال الا الاذخر ومنها انه قال في سري بدر لايفلت احد منهم الا بفداء او ضربة عنق فقال ابن مسعود الا سهيل بن البيضاء فقال سهيل بن البيضاء وما اجيب عن هذين بانه كان على جهة النسخ دفع بانها لاوحي تكون باتصال البعدية بما قبلها وليس بلازم لان المقصود ان رفع الحكم بنفس لفظ القائل ايذانا بانه وافق الشرع المتجدد وفي العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الاولى مدلول عليه بها كانه قال لايختلى خلاها الا الاذخر ومنها ما رواه ابو داود فانه صلى الله عليه وسلم قال والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال ان شاء الله ثم لم يغزهم ويجاب بان كونه لم يغزهم لايدل على انه لم يكفر ولم يحنث وهو صلى الله عليه وسلم قد حلف انه لايحلف على يمين فيرى غيرها خيرا منها الا اتى التي هي خير وكفر عنها فمن يرى ان عدم غزوهم خير لم يفعل ما حلف عليه او منها اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق فقال

يكون الاستثناء لو ذكر الشهادة بعد رجوعه من الاول **قال** وكل استثناء يجوز بالكلام متصلا مثل ان يقول انت طالق ان شاء الله تعالى لان الاستثناء لا يستقل بنفسه فلا بد من ذكر ما يستثنى منه ليصح

عليه والباب اذ محمول على الاتصال بالعرف العملي لان عرف جميع الناس موصل الاستثناء لا فصاله لو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل عليه فكيف والفظ يدل عليه حيث قال الا ان يشاء الله تعالى او نحو ذلك من التعجيب لانه لو حلف على يمين فقال ان شاء الله ثم لم يوجد لم يلزمه الحنث المذكور في الاصل من غير ان يستلزم ان لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق ولا اقرار بمال مما لا يخفى من اللوازم الباطلة وبذلك جاب ابو حنيفة رضي الله عنه المنصور حين وشايعه اعداؤه اليه بانه يرد رأي جده ابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل فقال له ما سبقني احد من اصحابي الفتيا فيها لا الحسين الخلافة عليك ومتع خروج الحاكمين لك من الخرج عليك والاجاز لهم ان يستثنوا اذا خرجوا من عندك وبذهب الشافعي كذلك بنى انه اذا قال متصلا بقوله طالق او حر ان شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك واحمد رضي الله عنهما لا يقع الا بنية التخيير لانه علقها بشرط محقق لانه لو لم يشأ الله كلا من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به وتوضيحه انه اذا اراد صدور اللفظ عنه فقد شاء الله صدوره وان اراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة انه اذا صدر اللفظ وجب كل منهما وان اراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئته قديمة عند اهل السنة والجماعة فظنه انها تتجدد محال والحجة لنا ما رويناه وبيان المتن والجواب عن تمسكه انه لم يعلقه بمحقق لانه لا يمكن الاطلاع على ما في مشيئة الله تعالى ويختار انه اراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله وقوله فقد حكمت الشريعة الخ ليس على اطلاقه اذ التعليقات من نحو ان طالق ان قدم زيد او دخلت الدار ونحو ذلك لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالاجماع ونحن فيه من هذا القبيل **قوله** فيكون الاستثناء اذكر الشرط الخ انما نوعه لما ذكر انه على قول محمد والاستثناء على قول ابي يوسف رح تعليق على احد وجهي النقل عنهما وقريب من الاستثناء لو قال ان دخلت فلست على ان التصديق بمائة مثلا قال في النوازل هذا قريب من الاستثناء لان من الاشياء ما ليس له حقيقة ولان المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه ايجاب المال قال رحمه الله خذ الا ان يريد الايجاب على نفسه **فروع** طلق او خلع ثم ادعى استثناء او شرطا ولا منازعة لا اشكال في ان القول قوله وكذا اذا كذبته المرأة فيه ذكره في الحاوي للامام المحمودي البخاري ولو شهدا عليه بانه طلق او خالعها بغير الاستثناء او قالا لم يستثن قبلت وبهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فان لم يشهدا على النفي بل قالا لم نسمع منه غير لفظة الطلاق او الخلع والزوج يدعي الاستثناء معنى المحيط القول قوله وفي فوائد شمس الاسلام الاوزجندي لا تسمع دعوى الاستثناء اذا عرف الطلاق بالبينة بل اذا عرف باقراره ومثله اذا قال لعبده اعتقتك امس وقلت ان شاء الله لا يعتق وفي فتاوى الفضلي لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقتني فالقول لها ولا يصدق الزوج الا ببينة بخلاف ما لو قال لها قلت لك انت طالق ان دخلت فقالت طلقتني منجزا القول قوله وفي الفتاوى الصغرى اذا ذكر الخلع لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق على المال كالخلع ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الاسلام ابي الحسن ان شائخنا اجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق ان لا يصدق الزوج الا ببينة لانه خلاف الظاهر وقد حال الناس الذي عندي ان ينظر فان كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي ان يوثق بما في المحيط من عدم الوقوع تصديقا له وان عرف بالفسق او جهل حاله ينبغي ان يأخذ بقول المانع لغلبة الفساد في الزمان ولو طلق فشهد اثنان انك استثنيت وهو غير ذاكر لذلك بحيث اذا غضب لا يدري ما يقول مع سعة الاخذ بشهادتهما والا لا يأخذ بها **قوله** كذا اذا اتى بمعطوف على قوله واذا اتى لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق محمد رحمه الله والموت ينافي الى آخره جواب عن مقدر وهو ان الموت ينافي الواقع من الطلاق حتى لو قال لها انت طالق واحدة ثلثا ماتت قبل الوصف بالعدد لا يقع فينبغي ان ينافي الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق باجاب بان الموت ينافي المحل

الباب الحادي عشر

بخلاف اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق ثلثا الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يسوغ التكلم بالبعض بعد الكل ولا يصح استثناء الكل من الكل

فيبطل به ويناسب الاستثناء فلا يبطل به **قوله** بخلاف اذا مات الزوج قبل الاستثناء وهو يريده ولم تعلم ارادته بان ذكر آخر قصده قبل التلفظ بالطلاق وقول من قال يحمل كذبه على الرجل في ذلك اوان يبدو له فيتركه ليس بشيء لانه خلاف الظاهر ولانه يجب تصديقه فيه ثم الواقع الوقوع فصحة هذا ان كان لاثبات عدم الوقوع فقد خرق الاجماع اذا اكتفى في اثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء والا فلا فائدة له غير اللجاج **قوله** ولو قال الا ثنتين طلقت واحدة وعن ابي يوسف انه لا يصح الاستثناء لانه استثناء الاكثر وهو قول طائفة من اهل العربية وبه قال احمد يرجح قالوا لم تكلم العرب به وقوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون الاكثرون قال تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمومنين لادليل فيه لان الاستثناء منقطع اذ المراد بعبادي المخلصين بدليل استقراء استعمال القرآني على ان هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون قلنا الا نسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التاويل في الآية ممنوع ولو سلم مع ما فيه ففي الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل يا عبادي كلكم جائع الا من اطعمته يا عبادي كلكم عار الا من كسوته ونحو سلم فعدم السماع في تركيب معين لا يستلزم صحة عدم استعماله الا ترى انه لم يسمع له مائة الا ثمانا وسدس ثمن وسائر الكسور ويجوز استعمالها وبهذا الان الاستثناء بيان ان المستثنى لم يرد بالصدر فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه انه حكم بالباقي الاخراج بعد المستثنى وقولهم اخراج من الصدر لا يجوز لان حقيقة الاخراج متعذرة لانه ليست في الدخول فان اعتبر الدخول في التناول فالاستثناء لا يفيد الاخراج منه لانه باق بعد الاستثناء اذ تناول اللفظ بعلة وصفة لدوام الشيء وهي قائمة مطلقا فلا يتصور الاخراج منها وان اعتبر الدخول في الارادة بالحكم لزم ان يكون كل استثناء نسخا ولزم ان لا يصح في نحو قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما من الاخبارات لان المتكلم اما كاذب في ارادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع او في الاستثناء ان كان هو المنشئ او فالطاغي احدهما ويستحيلان في حقه تعالى فلزم بالضرورة انه بيان ان ما بعد الا لم يرد بالحكم بل يكون مرادا بالصدر اعني العام او الكل ثم اخرج ثم حكم على الباقي وارد ابتداء بالصدر ما سوى ما بعد الا والا فرغبة خلاف لا يوجب خللا فيما ذكرنا ان حاصل تركيب الاستثناء تكلم بالباقي اي حكمه عليه وحققناه في الاصول ان معنى القول الاول انه اريد عشرة وحكم على سبعة في قوله على عشرة الا ثلثة ارادة البشرة بشرط بعد الحكم والا فهو المذهب الآخر بزيادة تكلف ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالته الاستلزم كون عشرة الا ثلثة اسما مركبا لمعنى سبعة كما نسب الى القاضي الباقلاني على ان التحقيق ان قوله هو احد المذهبين كما حققناه في الاصول بل مراده ما ذكره المصنف من قوله فالفارق بين قول القائل علي درهم او عشرة الا ستة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال اخراج وفيه معنى المعارضة لاستلزامه في الاخبار ما ذكرنا ونسب الى الشافعية والله اعلم فانهم مصرحون بانه من المخصصات والتخصيص بيان ان المخصص لم يكن مرادا او قالوه على تاويل لظاهر اللفظ وهو الظاهر لان مسئلة الاستثناء من النفي اثبات يوجب القول بالمعارضة لانها توجب حكمين على الثلثة مثلا في ضمن العشرة بالاثبات وبعد الا بالنفي لكن لا شك في انه بحسب الظاهر لا حقيقة الاسنادين فيها والا كان تناقضا وح فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد الا وترجح الباقي فيجب حمل المرجوح عليه كما هو كل معارضة ترجح فيها احد المتعارضين فيظهر انه لم يحكم في صدر الا على سبعة **قوله** ولا يصح استثناء الكل من الكل قيل لانه رجوع بعد التقرر وهو لا يجوز ورد بانه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية لكنه لا يجوز فيه ايضا لو قال اوصيت لفلان ثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح الاستثناء فعلم انه لغيره وهو ما ذكر في الكتاب من انه رجع لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وتركيب الاستثناء لم يوضع الا لم يتكلم بالباقي بعد التفي لا لنفي

لانه لا يبقى بعد النفي ليصير متكلما به موصولا فالنطق اليه وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل ولو اثبت هذا في الفصل الاول المستثنى منه ثنتان يقعان وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلاثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله اعلم

الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على انه لنفي الكل بل يفيد ذلك قوله ليس له شيء من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب تفيد ذلك حكى عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ الصدر او مساويه كبعضي احرار الامالي فيفتقون كما صرح به في المبسوط وقاضي خان وزيادات المصنف فلو قال لنسائي طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة الا طالق واحدة منهن وقع في الباقي لو قال كل امرأة لي طالق الا امرأة ليس له امرأة غيرها لا تطلق وفي الذخيرة لو قال انت طالق ثلثا الا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الثلاث عند ابي حنيفة رح وعندهما يقع ثنتان وعن ابي يوسف رح يقع واحدة وهو قول زفر رح فكان لابي حنيفة رح في توفيق صحة الاولى ان يظهر انه مستغرق او لهما ان اقتصار صحته على الاولى والثانية وقول ابي يوسف في الرواية الاخرى عند زفر رح وبيان اقتصار صحته على الاولى والثانية وقول ابي حنيفة رح اوجه لان الصدر متوقف على الاخر واوقعا طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلثا يبطل الاستثناء الفاسد لعدم تقدير صحة اخراج شيء ولو قال واحدة وثنتين او ثنتين وواحدة الا ثنتين يقع الثلث وكذا ثنتين وواحدة الا واحدة لانه في الاوليين اخرج الثنتين من الثنتين او الواحدة وفي الثلاثة واحدة من واحدة فلا صح بخلاف ما لو قال طالق واحدة وثنتين الا واحدة حيث تطلق في الثنتين لصحة اخراج الواحدة من الثنتين والاصل ان الاستثناء انما يصرف الى ما يليه واذا تعقب جملا فيه الاخيرة منها وكما قيد بالطلاق المتفرق بما اذا كان بلفظ الصدر او مساويه كذلك يجب تقييده بما اذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للصدر فانه كان ضمنا له ذكر في كتاب الوكالة لو قال انت طالق ثلثا الا ثلثا الا واحدة طلقت واحدة واعلم انه اذا انعقد الاستثناء بلا او كان الكل اسما ظاهرا مما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من الصدر وكل شفع جبر له فاذا قال طالق ثلثا الا ثنتين الا واحدة وكان الواقع ثنتين لانك اسقطت من الثلاث ثنتين اولا فصار الحاصل واحدة ثم اسقطت من الساقط عن الصدر واحدة فجبرها الصدر فصار ثنتين فقد اخرج من الثلث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم اخرجهما من الثلث الصدر فصار الباقي واحدة وبهذا بان على ان الثلث المستثناة من الثلث لم يبطل بل تتوقف الى ان يظهر استثناء منها فيصح والا فيبطل والله اعلم واما على صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى الا ال لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امرأته ومن فروعها المعروفة له على عشرة الاثنية الاثنية الاربعة الاستة الاخمسة الاربعة الا ثلثة الا ثنتين الا واحدة تلزمه خمسة ولو قال ثنتين وارتبعا الا ثلثا يقع الثلث ذكره القدوري واصل ان الاستثناء تصرف في اللفظ اولا ويتبع الحكم على ذلك التقدير لانه في الحكم ابتداء فلو اوقع اكثر من الثلث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اربعا الا اثنتا تقع واحدة او عشرة الا تسعة طلقت واحدة او خمسا الا واحدة يقع الثلث وفي المنتقى طالق ثلثا وثلثا الا ربعا فهي ثلث عند ابي حنيفة رح وزفر رح لانه يصير قوله وثلثا فاصلا لغوا فاستثنى الاكثر فيقع الكل وعند ابي يوسف رح يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد رح كانه قال سبعا الا اربعا وما ذكر شيخ الاسلام انه ينبغي ان قال عنيت ثنتين من الثلث الاول وثنتين من الثلث الاخيرة يصح الاستثناء والا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر البتة كذلك الحلواني في هذه المسئلة ولا في المنتقى فلو قال طالق ثلثا الا واحدة او ثنتين مكتوبا بلسانه فان نوى جملة طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رح وهو قول محمد رح وهو الصحيح وفي رواية اخرى ثنتان وقيل ان هذا تناسب اصل ابي يوسف رح يعني في منع اخراج الاكثر مما لا يبقى لان تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه فمنع هذه الرواية تناسب تلك الرواية ووجه الصحيح انه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة فجبر رح اخراج بعض النطيقة لغو بخلاف البقية فلو قال طالق ثلثا الا نصف

باب طلاق المريض

لو أطلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فتاركها وهي في العدة ورثته وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها إذا ماتت وكذا الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده ولنا أنه قصد لا بتات غير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه

تعليقه وقع الثلث وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول أبي يوسف وقيل لا يتجزى في الإيقاع ولدا في الاستثناء فكأنه قال وقع الواحدة والجواب أنه في الإيقاع إنما لا يتجزى لمعنى في الموقع وهو لم يوجد في الاستثناء فيتجزى فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلثها

باب طلاق المريض لما فرغ من طلاق الصحيح بأقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلا وجزءا شرع في بيان طلاق المريض إذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري إذ لا شك أن فهم المراد من لفظ المريض أجلى من فهمه من قولنا هو الذي يزدل بحاله في بدنه إلى اعتدال الطبائع الأربعة بل ذلك يجري مجرى التعريف بالاخفاء **قوله** في مرض موته احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ثم مات وهي في العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه وقيد بالبائن لأن في الرجعي يرثها وترثه في العدة وإن طلق في الصحة بقيام النكاح قال ابن المنذر أجمع أهل العلم أن في طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة وأجمعوا أنه لو طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات أحدهما لا يرثه الآخر بالعدة لأنها لا ترثه إذا بانت بعد انقضائها خلافا لمالك في قوله ترث وإن تزوجت بعشرة أزواج ولابن أبي ليلى في قوله ترث ما لم تتزوج وهو قول أحمد ويعرف من تقييد المرض بالعدة أنه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لا ترث لأنها لا عدة عليها من ذلك الطلاق وقيد بغير الرضا لأنه لو طلقها برضاها لا ترث ولا بد من قيد كونها ممن يتوارثان حال الطلاق لأن تعلق حقها بماله إذا مرض هو إذ لو كانت كتابية أو أحدهما مملوكا وقت الطلاق لا ترث وإن أسلمت في العدة قبل موته أو عتق المولى في مرضه إذا أسلمت فأبت طلاق بائنا ترثه لأنه علق بزيان تعلق حقها بماله واختلفوا فيما إذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لأقل من ستة أشهر فعند أبي يوسف ترث وعندهما لا ترث بناء على أن المبانة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تنقضي به العدة عندهما على أنه حادث في العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه بخلاف بوضعه براءة الرحم فتنقضي به العدة بعد موته فيرث وعنده لا يحمل على الزنا وإن قالته بل على أنه من زوج آخر بعد عدة الأول فتبين أن عدتها انقضت قبل موته فلا ترث وسيأتي المسألة في ثبوت النسب **قوله** وهي السبب أي الزوجية هي السبب في الإرث وقد انقطعت بالبينونة ولذا لا يرثها إذا ماتت في العدة فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين وبه نأخذ قال عمر وابنه وعثمان رضي الله عنهم وابن مسعود والمغيرة ونقله أبو بكر الرازي أيضا عن علي وأبي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ولم يعلم عن صحابي خلافه وهو مذهب النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاوس وابن شبرمة والثوري وحماد بن أبي سليمان والحارث العكلي لنا الإجماع والقياس أما الإجماع فلان عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبغ بن زياد الكلبية وقيل بنت عمرو ابن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في عدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعا وقال ما تعمدته ولكن أردت السنة وهذه الرواية أليق مما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال عين ورثها فرس من كتابا لبعد وقد ذكر عن عبد الرحمن أنه قال ما فررت من كتاب الله وقول ابن الزبير في خلافته لو كنت أنا لم أورثها أراد به لعدم علمي إذ ذاك بأن الحكم الشرعي في حقها ذلك وهو بعد انعقاد الإجماع فلا يقدح فيه لا يقال بل على هذا التقرير لم يكن إجماعا لأنه كان ساكتا تيا وصين قال ابن الزبير ذلك ظهر أن سكوته لم يكن رضا قلنا نعم لو كان إذ ذاك عضيها لكنه ولم يكن في ذلك الزمان من انعقدها إذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفقه والحكم بذلك يتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس رضي الله عنهما في مسألة العول وقول المالكية كان قضاء عثمان رضي الله عنه بعد العدة معارضا بقول الجمهور

بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب كما ترثه فيها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به
وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها

انه كان فيها واما القياس فعلى ما لو وهب كل ماله او تبرع لبعض الورثة في مرض موته بما مع ابطال حق بعد تعلقه بماله فيه وهذا لان حق الورثة
يتعلق بماله بالمرض لانه سبب الموت لذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فقد تم القياس بالاجماع وهذا القياس لا يتوقف على ظهور
قصد الابطال بل هو دائر مع ثبوت الابطال سواء قصده او لم يقصده ولم يخطر له واما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث
وصورته هكذا قصد ابطال حقها بما تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فوات محرما لغرض فاسد فالحكم ثبوت نقيض مقصوده وبهذا اختلف خصوص
الثابت في الاصل والفرع فانه في الاصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث وبهذا التعليل في طريق الآمدي لمناسب غير بين لم يشهد له اصل
بالاعتبار بل لثابت مجرد وثبوت الحكم معه في المحل اعني القاتل واما عندنا فقد ثبت اعتباره بالاجماع المذكور وكان مقتضى القياس ان ترث
ولو مات بعد تزوجها كقول مالك الا ان اصحابنا رأوا ان اشتراط عمل هذه العلة الامكان وهو بقاء العدة بناء على ان حكم الشرع بالميراث لابد
ان يكون لمنسب او سبب وهو الزوجية والعلق فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع ايانا لزم انا اعتبرنا بقاء النكاح حال الموت ومعلوم
ان بقاءه اما بالحكم بقيامه حقيقة او قيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس لا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها
بموته في عدتها والمصنف لم يعين لقياسه اصلا في الالحاق بل قال قصد ابطال حقها ويرد عليه قصده دفعا لا ضرر مثله لا يفعل الا ان يكون
هناك اصول شتى يمكن الالحاق بكل منها وليس ليرد ان القصد اصل سوى قاتل المورث ويمكن انه اعتبر اصوله كل من الزم ضررا بطريق غير مباح
فانه يرد ذلك عليه الا ان قوله الزوجية سببا رثها في مرض موته غير جيد لانها سببا رثها عند موته عن مرض او فجاءة والوجه ان يقول الزوجية
سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزوج قصد الى آخره **قوله** بخلاف ما بعد الانقضاء اي انقضاء العدة لانه لا امكان للتوريث اذ لم يعهد
بقاء شيء من آثار النكاح بعده كما على انه روي عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وابي بن كعب ان امرأة الفار ترث ما دامت في العدة ويرجع
قول ابي بكر الصديق ترث ما لم تتزوج على قدرة التزوج وهو بانقضاء العدة اي ما لم تقدر عليه **قوله** والزوجية الخ جواب عن قوله ولهذا
لا يرثها اي الزوجة في هذه الحالة اي حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل في حال مرضها ونقول لو كانت هي المريضة فبانت بنفسها بان
ارتدت ثم ماتت يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لانها بانت بنفس الردة قبل ان تصير مشرفة على الهلاك ولا هي بالردة
تصير مشرفة عليه لانها لا تقتل **قوله** فيبطل الخ في حقه برفع اللام فيبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة
وحكما فلا يرثها اذا ماتت بخلاف ما اذا ابانها في مرض موته ثم مات حيث ترثه لان الزوجية وان بطلت بالبائن حقيقة لكنها حلت باقية حكما
في حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها وضبطه بنصب اللام على انه جواب النفي سهو لانه حينئذ ينعكس الغرض ان يكون معناه لو كانت الزوجية
سببا لارثه منها فبطلت ولكنها ليست بسبب فلا يبطل واذا لم يبطل فيجب ان يرثها ولا يقول به احد **قوله** فان طلقها ثلاثا بامرها
ليس قيدا بل المقصود ان يطلقها بائنا بامرها ولهذا عطف قوله او قال لها اختاري فاختارت نفسها عليه فان هذا القدر انما يثبت طلقة
بائنة وكذا اذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها اما في الاولى فللزام منها بالعلة واما في الاخريين
فلانها باشرت العلة اما في التبيين فكذلك لانه تمليك منها واما في الخلع فلان التزام المال علة العلة لانه شرط الطلاق وهي مباشرة احد صفتي العلة
كمباشرتها بخلاف مباشرة بعض العلة فمن قدر وقع ذلك ما لو قال لامرأته في مرضه وقد دخل بها طالقا نفسكما ثلثا فطلقت كل واحدة نفسها

وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثنتا بتطليق الاولى لا الثانية ووقعت الثانية لانها لم تباشر عليها الفرقة للاولى لانها المباشرة ولو بدأت الاولى بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك ورثتا لان الواقع على كل منهما طلاق ضرتها لا طلاق نفسها لخروج الامر من يدها باشتغالها بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معا طلقتا ولم ترثا لان كلا طلقت بتطليق نفسها ثم اشتغلت بما لا يفيد من تطليق ضرتها وان طلقتا احدهما بان طلقت نفسها وطلقة ضرتها وجد ذلك معا طلقت ولا ترث لانه وجد حقا طلاق نفسها وطلاق الوكيل فيضاف الى الملك لانه اقوى وكل ما يصلح علة وعقوبة لا سعاء فيضاف الى كل كان ليس معه غيره ولو قال اذا مرضت طلقا بانفسكما ان شئتما فطلقت احداهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها لتعلق التفويض بمشيتهما طلاقا لانه كان قال طلقا انفسكما ان شئتما طلاقا واحدا بخلاف ما تقدم لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك ولو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة ووقعت الاولى لا الثانية لان الثانية باشرت آخر وصفي العلة والاولى بعض العلة ولو خرج الكلام ان منها سعايا نأ وورثتا ولان كلا باشرت بعض العلة هذا كله بشرط المجلس لانه تمليك ولو قال في مرضه امركما بيدكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد احداهما بالطلاق كمسئلة المشيئة سواء الا انهما اذا اجتمعتا على طلاق واحدة منهما يقع وفي قوله ان شئتما الا بقع لانه جعل الرأي اليهما في شيئين فاذا اجتمعا رأيهما في شئ صح كما لو وكل رجلين ببيع عبد فباع احدهما وهناك فوض اليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان على ما قبل الشرط ولو قال طلقا انفسكما بالف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي بالف او متعاقبا بانتما بالف ويقسم على مهريهما لان الالف مقابل بالبضعين فلا تستحق جميعه عند الخروج فيقوم بما تزوجها عليه ولم ترثا لان الفرقة لا تقع الا بالتزام المال فالتزام كل علة لانه شرط الطلاق فكان كل فعل واحدة علة وفعل الاخرى شرطا والحكم يضاف الى العلة فلذا بطل الارث ولو طلقتها احداهما طلقت بحصتها من الالف لانهما مأموران بطلاقها فقد أتيا ببعض ما امرتا به ولم ترث لانه وقع بقبوضهما وان قامتا بطل الامر لانه طلاق ببدل فشرط اجتماعهما بخلاف المأمورين بالطلاق بلا بدل لانه ينفرد كل منهما بايقاع الامر واذا بطل الامر في حق نفسها لانه تمليك بطل في حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماعهما الكل من الكافي قوله والتأخير اي تأخير عمل الطلاق لحقهما وهي قد رضيت بابطاله ولذا رجعت الفرقة في مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جانيا في الفرقة بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلثا فاجاز الزوج في مرضه حيث ترث لان المبطل للارث اجازته ولو وقعت الفرقة بتمكين ابن الزوج لا ترث الا ان يكون لو امره بذلك فقبلها تكرمة لانه بذلك يتنقل اليه فيكون الاب كالمباشر ولو وجدت هذه الاشياء منها وهي مريضة ورثها الزوج لكونها فارة وفي الجامع لو ذارقته في مرضها بخيار العتق او البلوغ ورثها لانه من قبلها ولذا لم يكن طلاقا وفي البناية جعل هذا قول ابي حنيفة ومحمد في الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها لانها طلاق فكانت مضافة اليه واورد وينبغي ان لا يرثها اصلا لانا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة اجيب لما صارت محجورة عن ابطال حقه تيقنا النكاح في حق الارث وفاء للضرر عنه اورد القصد في ابطال حقه كيف يبطل الارث ولا يخفى ان هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث امرأة الفار اذا ابانها بعد العدة كما هو قول مالك وفي القنية اكره على طلاقها الثلث لا ترث لعدم قصد الفرار ولو اكرهت على سؤالها الطلاق ترث قوله وان قال اذا كنت طالقا الى قوله فلا تهمة في حق هذه الاحكام بانان مسئلتان ما اذا تصادفا في مرضه على طلاقها وانقضاء عدتها

قال او هو كان محصورا وقت القتال بظاهر المدينة ثلثة ايام وتزيد او تنقص لقتال فيها او قدم ليقتل فيها او قدم ليقتل فيها وقد اصاب هذا ان حكم الفار
انما يثبت حكم الفرار اذا ثبت حكم الفرار بتعلق حق الغرماء به اذا كان صاحب الفرار وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يقوم بحوائج الصحاح
وقد ثبت حكم الفرار عاصوفي معنى المرض في توجه الهلاك الغالب منه لسلامة لا يثبت بحكم الفرار المحصور الذي في صف القتال الغالب منه السلامة كان
المحصن بل دفع بأس الكفرة اولى لان الظنة هناك ما ثبت بحكم الفرار الذي بارادة وقوع القتل الغالب منه الهلاك وقد تحقق به الفرار وكهذا اخوات تخرج على هذا الوجه وقولنا
في ذلك الوجه احتراز عما اذا مات بين الكفار بين صاف السيف او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض
اذا قتل واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار

قبل المرض وما اذا انشأ طلاقها ثلاثا في مرضه بسؤالها ثم اقر لها بمال او اوصى لها بوصية فعند ابي حنيفة رد لها الاقل من الميراث ومن كل من
الوصية والمقر به في الفصلين جميعا قال زفر لها تمام الموصى به والمقر به في الفصلين وقالا في الاول كقول زفر وفي الثاني كقول ابي حنيفة رح لزفر ان المانع
من صحة الوصية والاقرار الارث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الاولى وسؤالها في الثانية فيجب اعتبار وجودها قلنا ذلك لو كان
تهمة لكنها ثابتة غير انها قالا انما هي ثابتة في الثانية لا الاولى رد ذلك لان ثبوت التهمة به باطن فادير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في
الثانية لا الاولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين والدليل ان مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع انما يثبت بالتهمة في جواز الشهادة ثابتة
في الاولى حتى جازت شهادة احدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعا وانها صارت اجنبية وعن هذا جاز وضع الزكوة فيها وان تتزوج بآخر من وقت
التصادق ولابي حنيفة ان قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة ايضا نظرا الى تقدم النكاح المفيد للالفة والشفقة وارادة ايصال الخير
ولما لم يظهر بالتصادق عليه الا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الاقرار والوصية وهذه التهمة انما تحقق في حق الورثة لا في حق هذه الاحكام
اذ لم يجز العادة بالتواضع للزوج باخذها او هي بغيره او لدفع الزكوة او للشهادة فكذا اصدقا فيها لا في حق الورثة وهذه التهمة انما هي في الزائد
فتبقى ثم ما تاخذه انما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين وفائدته انه لو قوي شيء من التركة قبل القسمة فالقوي على الكل ولو كان ما تاخذه
بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شيء من التركة ولو طلبت ان تاخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان دينا لكان لها ذلك
ولو اراد ت ان تاخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم ان يعطوها من مال آخر وتقاصا فيه بزعمها ان ما تاخذه دين ولو اقر بفساد نكاحها او فساده اي في
في مرضه ثبت وفي جوامع الفقه وكذا لو قال كنت جامعت امك وتزوجتك بغير شهود وقوله وله ذا يدار على النكاح ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر والتبرئة
اي تبرئة الولد فلا يقبل من الولد وان سفل لابيه وجده ولا الاب والجد لابنه وابن ابنه وفي الغاية ينبغي ان ينظر ان كان جرى بينهما
خصومة وتركت خصومتها في مرضه فذاك يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها فحينئذ لا تهمة في الاقرار لها والوصية وان كان في ذلك حال العداوة
وبالتهمة في هذه ينبغي ان لا يصح اقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما في الذخيرة فيما اذا قالت لك امرأة غيري او تزوجت علي فقال
كل امرأة لي طالق فانه قال قيد الاولى بحكم الحال ان كان قد جرت بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها ايضا وان لم يكن
كذلك لا يقع قال السرخسي فتقتضي ما ذكر من تحكيم الحال هناك ان يحكم هنا انتهى وقد يفرق بان حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها تزوجت علي ونحوه اذا
اقترن بالمشاجرة اما هنا فلا اذ الايصاء بها هو اكثر من الميراث ظاهر في ان تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها والا لم يرض لها ظاهرا والحاصل ان
الظاهر بذلك التواضع ايضا على اظهار الخصومة والتشاجر وكثيرا ما يفعل ذلك اهل الحيل للاغراض **قوله** ومن كان محصورا الخ الحاصل ان مجيء الفرار
على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده وغالبة الهلاك يكون حال عدم المرض كما يكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم
والقتل قصاصا او في سفينة فتلاطمت الامواج وخيف الغرق او انكسرت وبقي على لوح او فرسه سيبح فبقي في فسحة بخلاف ما اذا كان محصورا
في حصن او في صف القتال او محبوسا للقتل او نازلا في مسبعة او في مخيف من العدو او راكب سفينة ودون ما قلنا والمرأة في جميع ذلك كالرجل
فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرنا من احوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد وتبرئها على ابنه آنفا والحال لا تكون
فارة الا في حال التعلق وقال لك رجعة اذا تزوجها ستة اشهر ثبت حكم فرار ما لم تقع بالولادة في كل ساعة قلنا المناط ما خاف منه الهلاك

[illegible]

وزيجان منه الاقى الطلاق ويقبه بالمرض قيل ان لا يقدر ان يقوم الا ان يقام وقيل اذا خطا ثلث خطوات من غير ان يهادى وصحيح والا فمريض وصف بان المريض عبد الا يجوز ان يكلف لهذا القدر وقيل ان لا يقدر ان يمشي الا ان يهادى وقيل ان لا يقوم بحوائجه الخمس في البيت او الاستاد والاصح ان كان يشق عليه الدين يقضيها فيه وهو يشتكي لا يكون فارا الا ان لا الانسان قلما يخلو عنه فاما من يذهب ويجيء ويحكم فلا وهب الصحيح فاذا امكنه القيام بها في البيت لا في فارجه فالصحيح انه هذا في حق الرجل اما المرأة فاذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهي مريضة والسلول والمفلوج والمقعد والاعم يزداد به ضعف فالب الهلاك والاحكام الصحيح وبه يفتى بان الامة والصدر الشهيد قيل ان ما يرجى برأه بالتهادي حكما لمرض والا وقيل ما كان يزداد ابدا الا ان كان يزداد تارة وتنقص اخرى لو قرب للقتل فطلق ثم خلي سبيله او حبس ثم قتل لم يبت فهو كالمريض ترث لانه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتيب موته فاليا لي يكون به بغير واعلم ان قوله وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت له حكم الفرار يقتضي الحاق حالة الطلاق للحامل والمبارزة بحالة الصحة الا ان يبرز لمن علم او ليس من قرائنه فالاول ان يعلق بما هو في حكم مرض الموت بما يخاف منه الهلاك غالبا كما ذكره في المرض على ان غالبا متعلق بالخوف وان لم يكن الواقع عليه الهلاك غالبا في حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاصحاء حكم المرضى فقال الشافعية ولم ار لنا شيئا نحن قوله فانت طالق اي طالق بائن لان الفرار يثبت به لا بالرجعي والله الموفق قوله اما ان يعلق الطلاق الخ اعلم اما ان يعلقه بفعل احد او لا والثاني التعليق نحو مجيء الغد والاول اما بفعل نفسه او غيره وهو اما المرأة او اجنبي والكل على وجهين اما ان يكون التعليق وقوع الشرط في المرض والشرط فقط في التعليق بفعل الاجنبي ومجيء الوقت ان كان في المرض ورث لظهور قصد الفرار بالتعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وكان ايقاعا في المرض ولنا ان المعلق السابق يصير تطليقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا يعني ليسلم قوله زفر وانه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولذا لو كان مجنونا عند الشرط وقع ولو حلف بهذا التعليق لا تطلق ثم وجد الشرط لم تحنث فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع في الاول وحنث في الثاني ولانه لم يكن فارا بالتعليق في الصحة وبعده لم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الاجنبي ومجيء الوقت فلا يكون فارا ما في التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال ان كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او لمباشرة الشرط ان كان التعليق في الصحة وكون الشرط لا بد منه غاية ما يوجب اضطراره والاضطرار من جانب الفاعل لا ينفي الضمان كمن اضطر الى اكل مال الغير او اتلفه ناسيا او مخطيا يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم وحقها صار معصوما بمرضه فاضطراره الى ابطاله لا يرد عليه تصرفه الا ان هذا حكم الفرار وعدم الفرار وما كان موجب الميراث الا الفرار والفرار مع عدم القصد وقوله وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الخ بد بمعنى ان المنطوق في اثبات حكم الفرار اذا كان الشرط لا بد منه التعليق ويستلزم ان لا يثبت الفرار الا ان يكون التعليق في المرض لكن ثبوت الفرار مع كون الشرط لا بد منه في حالتي كون التعليق في المرض والصحة وعلى الثاني لا يستقيم النظر الى التعليق في اثبات الفرار لانه ليس في حال تعلق حقها ويمكن ان يقال انه اضطرار مباشرة حيث علق بالا بد منه مع علمه بورود اسباب الموت وانه لاضطراره الى الشرط بفعله وكان حال التعليق باعتبار حقها كما لو علق بالشرط بنفسه الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه واما التعليق بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد لم تحنث قوله لانها راضية بذلك اي بالطلاق لان الرضاء بالشرط رضا بالمشروط اورد عليه بالوقال احد الشريكين في العبد لشريكه ان ضربته فعبدي حر

كان لا كما لو قال اذا دخلتما فانتما طالقان وهو مريض فماتت ثم ماتا وهما في العدة ورثته لما مر ولو كان تعليق الزوج اذا تعمد ذلك فهو بمنزلة
المحلف لا يفعل فيحنث به عند الامام خلافا لهما فلو يسير ارتد ولحقا بدار الحرب والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرض موته وهي في العدة ورثت دون ثم
تزوج بأربع سوى الاول ودخل بهن في العدة ورثت الكل لان الفرقة بالردة باطلة فهي كما لو لم ترتد لكن لا ترث احد لانقطاع الزوجية بالردة لكن لا عبرة بها لبطلانها
وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح لانها تمت الفرقة فتكون واقعية بعد بطلان السبب بعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة حتى يحل لها ما فوقها ومن
قذف امرأته وهو صحيح ثم مرض ومات قال محمد لا ترث لان القذف في المرض مرتفع في قولهم جميعا وهذا صحيح بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة
الى المخاصمة لدفع العار والتعنت بقيام الزوجية فيكون راضيا بقيام الزوجية وهو مريض فترث وان مكن الابلاء في مرض موته في حق الطلاق
بمنزلة ما لو قال ان لم اقربك اربعة اشهر فانت طالق فمضت وهو صحيح ثم مات بالايلاء وهو مريض ترث وان لم يمكن الابلاء في المرض وترث ايضا في الطلاق

تقييد المصنف بالمرض مع ان الحالف فقد رضي بالشر ولم يحتمل ذلك ضنا للشهر وقد اجاب في النهاية بما حاصله انما يكون رضا المتعلق والمعلق
معلقا الى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الاعتاق فانها موضوعة فيما اذا كان اعتاقا منجزا حال التكلم قال ان لم اضرب عبدا اليوم فهو حر فقال له
شريكه ان ضربته فهو حر فضربه فالمضارب يضمن الحالف لانه مضطر الى فعل الشرط وفعل الشرط مضطر الايدل على الرضا واجاب
في الكافي بان حكم الفرار ثبت على خلاف القياس لشبهة العدوان فيعمل بالشبهة الرضا لاكذلك الضمان فقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى
لنفي حكم الفرار وان كان الفعل مما لا بد لها منه كاكل الطعام والصلوة الواجبة وكلام الابوين وسقي قضاء الدين من استيفاده والقيام والقعود
والتنفس فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة قوله كما في الاكراه بان اكره السلطان على اتلاف مال صغير المكره متلفا حتى يضمن فتحول الفعل
اليه كذا في الهداية او كفعل القاضي بتحويل الى الشاهدين حتى يضمنا اذا رجعا لانه يصير ملجأ حتى لو لم يقض بشهادتهما في سبوط محصنة الاسلام الصحيح
ما قاله محمد قوله فلا يصير الزوج فار يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص انما يتحقق شرعا بالابانة في حال تعلق حقها والايتعلق الا
في مرض موته وقد ظهر خلافه او نقول هو بطلاقه فار لكن الفرار انما يوثر الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها وانتفى شرط عمل العلة قوله
ولو علقها اي بانتا ثنتا او غيره في مرضه وهذا لانه فرع على هذا الاطلاق لنفسه مسئلة المطاوعة وقال انها ترث ولا يتفرع ارثها عليه الا اذا طاوعته بعد البائن لانها لو طاوعت
بعد الرجعي لا ترث كما لو طاوعت حال قيام النكاح قوله لم ترث بخلاف النفقة فانها بالردة تسقط ثم بالاسلام تعود لانها مستحقة
قوله لان الحرمة لا تنافي الارث وهو الباقي بعد ذلك الاطلاق ولم يوجد ما يزيله لان الحرمة لا تنافي الارث بل تثبت معه كما في الام
والبنت فانها تنافي النكاح خاصة فيبقى الارث لعدم المزيل فمرجع ضميره وهو الباقي الارث قوله في حال قيام النكاح اي حالة المرض
قوله فتكون راضية ببطلان السبب وهو الكل وذلك رضي ببطلان المسبب قوله لتقدمها عليها اي لتقدم الحرمة على المطاوعة فحصولها
بالطلاق السابق عليها قوله او قد ينبغي الوجه فيه وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة اي مباشرة الشرط ولا ضياع الاضطرار كذا قيل والاوجه كونه قوله بعد ذلك
لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه الخ لان الاول ذكره في صورة ما اذا كان التعليق والشرط في المرض وما ذكرنا ذكره في صورة ما اذا كان التعليق والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه فان القذف كان في الصحة
واللعان في المرض قوله اذ هي ملجأة الى الخصومة ظاهر في ان الملجئ بفعلها الشرط الذي لا بد لها منه هو خصومتها اي مطالبتها بموجب القذف
لانه يندفع العار ولو جعل لعانها صحيحا ايضا اذ هي ملجأة اليه من قبله او لعانه يلجيها الى لعانها لا يقال هو ايضا ملجأ الى لعانه من قبلها لان
الالجاء في الكل يعود اليه لانه الجأها الى الخصومة واثرها لعانه فكان لعانه منسوبا الى اختياره فهي وان باشرت لعانه آخر جرى مجرى الفرقة وهو
ما تمسك به محمد يعني ان لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها اليه وقيل في وجه قول محمد الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في حال تعلق
حقها بها لانه لا يخفى انه سبب بعيد ثم قيل على الاول ان سبب الفرقة قضاء القاضي لا اللعان واجيب بان الملجئ للقاضي الى الحكم والحكم لا يستند الا الى الشهادة
واللعان هو الشهادة الملجئة قوله فيكون ملحقا بالتعليق بمجئ الوقت كانه قال في صحته اذا مضت اربعة اشهر ولم اقربك فانت طالق فمضت
في مرضه ثم مات فيه لا ترث كما لو علق في صحته بامر سماوي ووجد الشرط في المرض لا يكون فارا وورد عليه ان الايلاء في الصحة ليس مثل التعليق
بمجئ الوقت بل نظير ما لو وكل في صحته بالطلاق وطلقها الوكيل في المرض كان فارا لانه متمكن من عزله فاذا لم يعزله كان فارا كذا هو متمكن من

في جميع الوجوه لما بينا بخلاف الايلاء لانه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطي فكان السبب قائما وكل ما ذكرنا انها ترث فانها ترث اذا ماتت وهي في العدة وقد بيناه

من ابطال الايلاء في المرض بالفيء فالم يفصل ينبغي ان يكون فارا وجيب بالفرق بانه لا يتمكن من ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فان الفيء باللسان لا يجوز اذا كان الايلاء في حال الصحة بل اذا كان في حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل

قوله في جميع الوجوه اي سواء كان الطلاق بسؤالها او لا او كان التعليق بفعلها او بفعله والفعل مما لها بد او لم يكن لا يستثنى من عمومه الاقسام العدة فانه مشروط فيها جميعا **ش بيب** قال صحيح لموطوءته احد كما طالق ثلثا ثم بين في مرضه في احدهما صار فارا بالبيان وترث لانه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه مقصده كما لو انشأ قبل انشاء في حق الارث للتهمة ولو مات احدهما قبله ثم مات بقيت الاخرى ولم ترث لانه بيان حكمي فانتفت التهمة عنه كما لو علق في صحته بمجيء رأس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث لانه بيان حكمي بخلاف ما قبلها لانها تعينت للطلاق بفعله فترث كما لو علق في صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط في المرض فان كان له امرأة اخرى غير الثنتين فلها نصف الارث اذ لا يزاحمها الا امرأة واحدة لان احدهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما في الاستحقاق ولو ماتت التي بين طلاقها قبل موته لم ترثه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانها بخروجها عن اهلية الارث بالموت وكان الارث للاخرى للان التعيين دون الانشاء ولو انشأ في مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الارث للاخرى هنا ولو كانت له امرأة اخرى كان بينهما نصفين وان ماتت الاخرى وبقيت التي بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الارث لان البيان انما يبطل صيانة لحقها الثابت ظاهرا وحقها الثابت ظاهرا وقت البيان النصف فلم يرد عليه وهذا لانها منكوحة من وجه دون وجه فانما تستحق النصف حتى لو كان معه امرأة اخرى كان لها الربع وثلثة ارباع للمرأة الاخرى لانا انما ابطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها في الربع فكان للمبتة الربع ولان الاخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الارث وهي منكوحة من وجه فتستحق نصفه فسلم النصف للاخرى بلا منازعة واستوت منازعتها في النصف الآخر فيقتسمان بينهما فان لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت احدهما لاقل من سنتين فليس ببيان اوبقي الزوج على خياره لان العلوق يحتمل كونه بوطي قبل الطلاق وذا لا يصح بيانا فلا يكون بيانا بالشك في ايقاع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق فان نفى الزوج هذا الولد امر بالبيان فان قال عنيت عند الايقاع التي لم تلد لا عن بينة وبين التي ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالام لانه قذف منكوحته وان قال عنيت التي ولدت يجد لانه لما كان مراده وقت الايقاع التي ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين انه قذف اجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان فان قال لم اعن عند الايقاع احدا ولكن اريد بالمبهم التي ولدت لا يجد لانه قذف منكوحتان الطلاق يقع عند وقت التعيين والايلاء عن ايضا لان شرط قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر وان ولدت لاكثر من سنتين من وقت الايقاع تعينت الاخرى للطلاق لتيقننا بالوطي بعد الطلاق وحكم الشرع ثبوت النسب منه حكم كون الوطي منه ضرورة والوطي بعد الطلاق المبهم بيان اجماعا وتعينت التي ولدت للنكاح فان نفى الولد لا عن ولا يقطع النسب عنه لان حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه فان ولدت احدهما لاقل من سنتين من وقت الايقاع والاخرى ولدت لاكثر من سنتين تعينت صاحبة الاقل للطلاق لان وطيها لا يصلح بيانا ووطي صاحبة الاكثر يصلح بيانا وهذا لان المولود لاكثر

باب الرجعة

وإذا طلق الحر امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك أو لم ترض لقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وكان استدامة الملك كابتدائه ولأن الرجعة استدامة الملك السابق بدليل أنها لا تفتقر إلى الرضا ولا إلى قيام العدة لأن استدامة الشيء أسهل من ابتدائه وهو في الرجعة استدامة الإمساك وهو البقاء دائما فيتحقق الاستدامة وفي العدة لا تتكامل إلا بعد انقضائها والرجعة بالقول راجعتك وراجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة

من سنتين حصل العلوق بعد الطلاق المبين بيقين لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين إلا علوق الأخرى فمشكوك فيه فلا يكون بيانا وعدة صاحبة الأقل تنقضي بوضع الحمل إن كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبتها الأكثر بعد أقل من ستة أشهر لتيقننا أن علوق صاحبة الأكثر وطيها كان قبل ولادة صاحبة الأقل وقبل الولادة هي حامل فعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الأقل الحيض لاحتمال وطء ان صاحبة الأكثر كان بعد ولادة صاحبة الأقل وإذا احتمل ذلك وجب العدة بالحيض احتياطا وإن تزوج بموطوءة صاحبة الأقل أو لا طلقت صاحبة الأكثر باقراره ولا يصدق في صرف الطلاق عن صاحبة الأقل وطلقتا كمن قال لزينب طالق وقاله لامرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة أخرى بهذا الاسم وعينها طلقتا وإن ولدت كل واحدة لأكثر من ستتين من وقت الإيقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الأولى تكون بيانا للطلاق في الأخرى فإذا ولدت الأخرى بعده لا تحول الطلاق الواقع عليها إلى غيرها وصار كما إذا وطئ إحداهما ثم الأخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرا كذا هنا ويثبت نسب الولدين ولد الأولى ظاهر هكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها ثم قبل طلاق الأول وتنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل ولو قال لامرأة إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلثا فولدت لدون ستة أشهر ثم ولدا ثم آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد الثاني منه أيضا وتنقضي به العدة لأنا جعلنا العلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة وبذلك لا تحل له وطيها قبل ولادة الولد الأول ولم يصل الماء إلى رحمها لانسداد فمه فإذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء إليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلث لأن تلك حال حال نزول الثلث والشيء في نزوله غير نازل فيثبت النسب احتياطا فتتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ولا يجب العقر لأنا جعلناه معلقا حال قيام النكاح من الكاسي والله أعلم

باب الرجعة وهي الاستدامة بعد انقضاء الطلاق الرجعي مدة العدة لا تقدمها لأنها تقال لمن يرجع إلى الدار ورجعته إلى أهله أي عودته قال الله تعالى فإن رجعك الله إلى طائفة منهم والرجعة بالفتح والكسر يقال في مصدره والفتح أفصح وفي الرجعي الرجعة بالكسر لا غير وربما قالوا لا أراك الله رجعتك **قوله** رجعته أي تطليقه المدخول بها دون الثلث بلا مال أو بدل والثلثين إن كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف بالبينونة وبعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات وما تقييده بالألفاظ الثلاثة فلأنا قد ذكرنا من كنايات رجعية غيرها وما فقد شيء من هذه فأبين حتى كالثلاث وغالب الكنايات ملحوظ بالمال وكالواحدة على مال وقبل الدخول لأنها قبله فلا تتصور الرجعة والبضع والبشرة مستدركان على ما في النهاية وغيرها **قوله** لقوله تعالى فإمساك بمعروف بعد قوله إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ثم قوله فإذا بلغن أجلهن والمراد بلوغ الأجل قرب انقضاء العدة أي فقربن انقضاء عدتهن للإجماع على أن الرجعة بعد الانقضاء ففي الآية دليل على قيام النكاح لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل وعلى تغير الرجعة ثبت وإنما لأن الأمر مطلق في التقديرين وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعله أحق مطلقا أي هو الذي له حق الرجعة وإن أبت هي أو أبوها وحكمته استدراك الرجوع لما وقع منه من التقصير في حقه من النكاح لا لغيره لأنه إنما وجد منه وهو أحق منه وفي اشتراط العدة دليل على قيام النكاح أيضا وقد مضى في باب إيقاع الطلاق أن طلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لأن الرد يصدق في حقيقة بعد انقطاع سبب الملك وإن لم يكن زال بعد بقال رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للمبايع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب ولو تعارضا كان حمل الرد على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل ولي من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الزوجية بإرادة حقيقة البعل بجعل الرجعة إمساكا في قوله تعالى فإمساك بمعروف ونقول يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد الرد إلى الحالة الأولى وهي كونها بحيث يحرم بعد مضي العدة فلا إشكال **قوله** ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة إمساك على الوجه الذي كان وذلك هو الملك على وجه لا يزول بانقضاء المدة والملك بعد العدة ليس بقائم وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الإطلاق بالنسبة إلى رضاها وعدمه كذلك يجب بالنسبة إلى قيام العدة وعدمها أجاب بأن الشرط قيامها حاضرة وهي لما فاتت **قوله** بلا تصريح

الفاظ الرجعة صريح وكناية فالصريح راجعتك في حال خطابها واجتنبتها وحضورها ايضا ومن الصريح ارتجعتك وعدت وردتك وامسكتك

وفي الوسيط مسكتك بتاء التانيث بهذه يصير مراجعا بها بالاتفاق وفي بعض المواضع يشترط في ذلك ذكر العصمة فيقول الى والى نكاحي والى عصمتي والا يشترط

في الارجاع والرجعة وهو حسن ومثله يستعمل لشدة القبول الكنايات ان عندي كما كانت امرك فلا يصير مراجعا الا بالنية لان حقيقة تصدق على الزوجة باعتبار

الملك واختلفوا في الامساك والنكاح والتزوج حلوه رجعة جهاني العدة لا يكون رجعة عند ابي حنيفة رح وعند محمد رح هو رجعة وعن ابي يوسف رح مثل قول محمد رح

يقول محمد رح واخذ في البيانيع عليه الفتوى وكذا في القنية وجه قول ابي حنيفة رح ان تزوج الزوجة يلغى فلا يشتمل على عصمة فلم تكن الا مقررة لما كان لها

باعتبار لفظ التزوج مجازا اي سمة الامساك في الذخيرة لو قال جعلتك بمراقي مرسم ان ثبت صح والا فلا لانها باقية في المهر مشترط صحتها في الخانية وفي الخلاصة لو

قال راجعتك على الف قال ابو بكر لا يجب الالف ولا يصير زيادة في المهر كما في الاقالة **قوله** لا خلاف فيه بين الائمة كذا لم يعين احد قولي مالك خلافا لما ذكره ابن عبد البر

في حصول الرجعة بمراجعتك ثلاثة اقوال لمالك كما في نكاح الهازل **قوله** او يقبلها او يلمسها بشهوة يحتمل كون الشهوة قيدا في اللمس لا فيهما لان النظر الى الفرج

بقيد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل وفي المبسوط والذخيرة التقبيل بشهوة والنظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد

بالتقبيل في الكتاب واما النظر الى دبرها فليس برجعة على قياس قول ابي حنيفة رح وفي البدائع وهو قول محمد رح المرجوع اليه في بعض المواضع يكره التقبيل واللمس

بغير شهوة قال انها لا يكونان رجعة وفي الخلاصة اجمعوا على انه لو مسها او قبلها بشهوة او لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم في الاستمتاع

ان الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة انما تقوم بفعل يختص بالنكاح اي يختص حكمه بما يفيد عدم اشتراطها لان القبلة مطلقا يختص حكمها بخلاف اللمس

والنظر فانهما لا يختصان به الا اذا كانا عن شهوة لما ذكر ويكونان عن غير شهوة دليلا ولا يكون النظر بشهوة الى غير داخل الفرج منار رجعة هذا لا فرق بين كون

القبلة واللمس والنظر منها او منه في كونه رجعة او كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا وان كان بمنعها بان كان نائما مثلا لا يتحقق او تعلقه

وهو كرهه او مستوعه ذكر شيخ الاسلام وشمس الائمة على ان قول ابي حنيفة رح ومحمد رح تثبت الرجعة خلافا لابي يوسف رح انتهى وعن محمد رح كقول ابي يوسف ورد كر ان

ابا يوسف مع ابي حنيفة رح وجه الاول لاجتماعهما بالمصاهرة فلا فرق في ثبوت حرمتهما بين كون ذلك منها او منه وكذا اذا وطئت فرجه في فرجها وهو نائم او مجنون

كانت رجعة اتفاقا كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع اذا فعلت بالبائع ذلك في مدة الخيار ينفسخ البيع وابو يوسف رح فرق بان اسقاط الخيار قد يكون بفعلها

كما اذا وجب على نفسها والرجعة لا يكون بفعلها قط وعن ابي يوسف رح ايضا انه قال في الجارية لا يسقط الخيار بفعلها بل اذا صدقته في الزوجية والشهوة فان انكر لا تثبت

الرجعة وكذا ان مات فصدقها الورثة ولا تقبل البينة على الشهوة لانها غيب كذا في الخلاصة ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة الا عند زفر رح وابي يوسف في رواية

وذكره المسافرة بها لكراهة خروجها من المنزل وعن ابي حنيفة رح لا يكره وياتي الكلام في ذلك **قوله** مع القدرة احتراز عن الاخرس ومعتقل اللسان **قوله** لان الرجعة

بمنزلة ابتداء النكاح الخ اقول حاصل ان الخلاف هنا مبني على ان الرجعة بسبب استدامة الملك لقيامه او بسبب استحداث الحل الزائل قلنا بالاول قال الثاني وعلى هذا

ينبغي حل الوطي حرمة فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه وانما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها وعند الشافعي النكاح من وجه وبسببه

من وجه فتثبت الحرمة احتياطا وعلى هذا ينبغي ان الاشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول الشافعي لانه انشاء النكاح من وجه كذا في التحفة **قوله** على ابنائه

يعني قوله الا يرى انه سمى امساكا **قوله** وستقرره اي في آخر هذا الباب هو قوله لانها اي الزوجة قائمة الخ وهناك نتكلم عليه **قوله** كما في اسقاط الخيار يحصل

بالفعل المختص بالملك كوطء امته على انه بالخيار ثم وطيها قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فسقط خياره فكما ان سقوط الخيار باستدامة ملك الرقبة

بالفعل المختص كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل اولى لان البيع معقود على ازالة الملك الى ثلاثة ايام والطلاق يزيله الى ثلاث حيض فكان اضعف فتزول الملك

حصر شائع اخرجه عن الحل الى الحرمة بغير البائن لانه قبل الثلاث كان محلا للطلقة الرجعية فبعدها بقي كذلك لان الرجعية بمنزلة النكاح القائم لبقاء بعض آثاره حتى يلحقها طلاقه ويتوارثان بموته في العدة ويلزمها الاحداد ويحرم على الزوج وطؤها ودواعيه ولا يلاعنها ولا يقذفها ولا يصير موليا منها ولا مظاهرا ولا مؤليا ولا يقع عليها طلاق آخر ولا ظهار ولا يمين ولا يصح خلعها ولا عتق ما في يدها ولا كتابتها ولا تزويجها ولا تزويج أمتها ولا يجب عليه نفقة عدة الموت ولا يرث أحدهما صاحبه بالاتفاق وهو ما سنحققه ان شاء الله تعالى في الفرائض وتحل له الخلوة بها والنظر اليها والتزين لها والتطيب بحضرتها وتجب عليها نفقة العدة والسكنى وتحد عند موته ولا تتزين ولا تتطيب ولا تخرج نهارا ولا ليلا الا لعذر ولا تحج ولا تعتمر ولا تخرج من بيتها الذي طلقها فيه ولا تخرج منه ولا تبيت في بيت آخر ولا تكلم رجلا الا بحضرة ذي محرم منها وتلزمها عدة الطلاق من يوم الطلاق لا من يوم علمها به عند أبي حنيفة رحمه الله وفي مسئلة الاستحلاف الاشياء الستة وقد تركنا ذكرها ولو قال لم أتزوج قد راجعتك فقالت حيضة لم تقض عدتي لم يصر مراجعا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يصير مراجعا وهي رواية ظاهر الرواية عن أبي يوسف رحمه الله وقد سبقت المسألة ولو قال لها طلقتك وقد كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي امرأته وكذبته فهي بائن لان الحال على حالتين فلا يثبت الرجعة مع الشك ولو قال لها طلقتك وقد كنت راجعتك في العدة فصدقته فهي امرأته وكذبته فهي بائن لان الحال على حالتين فلا يثبت الرجعة مع الشك ولو قال لها طلقتك وقد كنت راجعتك في العدة فصدقته فهي امرأته وكذبته فهي بائن لان الحال على حالتين فلا يثبت الرجعة مع الشك

على سبق الانقضاء واقراره على حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة كما يثبت به

من البيع ونقول لنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر أجمع من يحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجعة تصح بغير رضا المرأة وقد روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر الشعبي وسيأتي ان النخعي قال لا رجعة الا بقبولها وقال مالك والشافعي وابن راهويه الرجعة هو رجعة **قوله** خصوصا في الحرة فانه لا سبب لها فيها مطلقا الا النكاح بخلاف الامة فانها تحل فيها بما دون **قوله** غير كالمباشرة والشاهد على الزنا **قوله** فلو كان مما ينظر الى غير الفرج رجعة لطلقها لان مقصوده الطلاق وهذا التعليم يفيد النظر الى وجه لا يكون رجعة وبه صرح في نكاح الزيادات واختلفوا في الوطء في الدبر فشار القدوري الى انه ليس برجعة والصحيح على انه رجعة اذ هو سبب لكثرة الوقاع وزيادته لارتفاع الرجعة بعد تكرره وهو رجعة الخنثى بالفعل والاصح بالقول فقيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال وطئتها واكذبت الرجعة ولو قال لم أطأ فعلى

وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض بعد ذلك ما تقول فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم ينقطع الرجعة حتى تغتسل

القولها وسياتي وجه الاقوال في الكتاب فانه فصل بين قوله للحرة وبين قوله للامة بالمسئلة الثانية وهي اذا قال قبل الانقضاء فلتوافقه فنقول امّا المسئلة الثانية فان قالت بمجيئه انقضت عدتي مفصولا تثبت الرجعة اتفاقا لانها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور ولو قيل وجب اصالته على القرب حال التكلم وذلك حال سكوتها فيضاف اليه وهو بعد ثبوت الرجعة امكن وان قالته موصولا بكلامه لا تثبت عند ابي حنيفة ولا يخفى ان هذا مقيد بما اذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة الا ان ادعت انها ولدت وثبت ذلك وعندهما تصح الرجعة لانه انشاء حال قيام العدة ظاهرا بقاؤها ظاهرا ما لم تقر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقتك فقالت بمجيئه انقضت عدتي بحيضة اخرى والوجه منعه فيصح قياسها حال كلامه لانها امينة في الاخبار شرعا فوجب قبول اخباره واقرب زمان يحال عليه خبره زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح كما لا يقع الطلاق في قوله انت طالق مع انقضاء عدتك وعلى هذا الوافق ان خرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتي ينبغي ان لا تثبت الرجعة ومسئلة الطلاق لمقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عند وقيل والاصح انه يقع لانه مواضعة به لاقراره بالوقوع في حق نفسه ولا يخفى ان هذا انشاء وليس باخبار ليكون اقرارا فاذا ظهر انه انشاء في وقت لا يصح ينبغي ان لا يقع لو عرف ان مقتضى الفقه كون ايقاعه وجدا في حال لا انقضاء فلو قال لا اعتد بل وقع لزم لانه مقر على نفسه والاوجه فيما ادعى صحته ان طلقتك ونحوه من انت طالق ظاهر في الاخبار والانشاء تحتمله لتقدم الطلاق الاول واجتنابك بالعكس فان لم يسلم هذا فالتعويل على المنع ويستحلف المرأة نسيانا بالاجماع على ان عدتها كانت منقضية حال اخباره والفرق لابي حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لم يستحلف عنده انه لم يراجعها في العدة ان الزام اليمين لفائدة النكول وهو مبذل عنده وبذل الامتناع عن الزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الاشياء الستة فان بذلها لا يجوز ثم اذا نكلت بنى ثبوت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة **قوله** وان قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول لها عندهما لان المولى لا اقرار له وهو خالص حقه وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو اقر عليها بالنكاح ولا يخفى قيام الفرق بين اقراره عليها بالنكاح واقراره بان الزوج راجعها في العدة لانه منفرد بانكاحها حال غيبتها وعدم اذنها فيقبل اقراره بخلاف اقراره بتصديق الزوج في دعوى الرجعة وهو يقول ان حكم الرجعة من الصحة عند ابي حنيفة ينبني على العدة من قيامها وانقضائها وهي بينة فيها مصدقة في الاخبار بالانقضاء والبقاء لا القول للمولى فيها اصلا فكذا فيما يتبنى عليها وفيه نظر اذ لا ملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونه لها فيما يتبنى عليها الا اذا وقع لازما لوجود قولها في العدة قولا امّا بان تدعي فيها الثبوت والانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها لازم لذلك لا بان كون القول قولها فيها ما يثبت لاجل ان القول لها في المستلزم للمعنى يقتضيه فيها وهذا لا يقتضي سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فانها لم تدع في العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها وقت انقضائها وانما ادعى في حال لا ملك له عليها راجعا قبل الانقضاء وهي منكرة ان يكون ذلك فعل فلا يقبل عليها **قوله** ولو كان على القلب بان كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق **قوله** في الصحيح احترازا عما قيل انه على الخلاف ايضا وقال ابو يوسف اصحابنا لا يقضي لشيء حتى يتفق المولى والامة ويجب ان يكون منشأ الاختلاف ما اذا اتفقا على ان الرجعة بعد العدة وقيل لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح ووجه الفرق لابي حنيفة ان الغرض انها منقضية العدة في الحال ويستلزم ظهور ذلك للمولى المتعة ولا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول وهو ما اذا كذبته وصدقه المولى لانه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة فلا يملك مع العدة ان يقبل قوله **قوله** وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به دون غيرها

وبيتيمم على ما اختاره كمل لان الصبي لا يرى الحيض فانقطاع الحيض خرجت من احد من فانقضت العدة فانقطعت الرجعة ويلزمون العشرة يحتمل عود الدم فلا يباح له ان يعتضد لانقطاع حقيقة لانه لا يلزم حكم بحكم الطاهرات بمضي وقت الصلاة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع فيها امارة الحيض فانقطع وتنقطع الرجعة بالتيمم سلت سنبل وحينئذ لا يرد ان استحسان وقال محمد اذا تيمم انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء مبيح مطلقا حتى يثبت به من احكم ما ثبت بالغسل فكان بمنزلته ولابي حنيفة ان التيمم انما يبيح بالضرورة ولا ضرورة في حق الصلاة لانها تجب في الاوقات

اي بالانقطاع ولم يقبل قوله انها في حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد لو كانت مملوكة ثبتت انقضت بالولادة لا قبل الا بينة او استمرت سقطا مستبين بعض الخلق فلزم وان يثبت بينة على انها اسقطت بهذه الصفة بالاتفاق ولا فرق في هذا بين الامة والحرة قوله او يمضي عليها وقت صلاة اي بان تخرج وقتها الذي طهرت فيه فيسير فيها فان كان الطهر في آخر الوقت فهو ذلك القدر من اليسير وان كان في اوله لم يثبت هذا حتى تخرج لان الصلاة لا تقضى بالشك وعلى هذا الوضوء في وقت معلوم كوقت الشروق لا تنقطع الرجعة الى دخول وقت العصر قوله بخلاف ما اذا كانت كتابية فانه لا يتوقع فيها امارة الى الخروج من الحيض نادرة جدا فجعل وجودا للانقطاع لان الغسل والصلاة ليسا واجبين عليها فيجرد الانقطاع وان كان بادون العشرة حل وطيها اذا انقطع رجعتها قوله وتنقطع اذا تيممت وصلت اي مضا او نفلا عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله قوله حتى ثبتت من الاحكام برفع ثبتت لان حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل والمراد الاحكام جواز الصلاة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف هذه احكام الغسل فكان التيمم مثله ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط وكذا الواعتسات وبقيت لمته انقطعت كذا الواعتسات بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق والتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلاة به فانقطاعها بالتيمم به تجوز الصلاة اولى ولا يشكل عليه انه لا يحل لما الزوج وطيها بالاتفاق لان المتيمم لو قام فتمام الغسل هو اصل فيه والاحتياط في الترجح لعدم جواز الصلاة معه حتى لو اتيها رجل في شبهة قوله وهذا اذا كانت غير طهرها حقيقة لاشتراكهما في الدراية وتفصيل هذا المقام ليتبين به ما يحال من المناقضة للاوهام مستعينا فيه بالملك العلام مصليا على سيدنا محمد افضل الرسل الكرام عليه افضل الصلاة والسلام فنقول هذا البحث له ثلث موارد في الفقه اولها باب التيمم في البحث مع الشافعي في جواز الفرائض المتعددة بتيمم واحد عندنا خلافا له وهو مبني على ان التيمم طهارة مطلقة او لا فقال انها ضرورية ثبتت ضرورة اداء المكتوبة فيتقدر بقدرها فلا يبقى بعدها فاتفق استثنافي جوابه على انها مطلقة فعمل عمل الماء الباقي بعينه وصرح في النهاية في تقريره بان التيمم يزيل الحدث من كل وجه بالقي مشترطه وهو العدم كالماء الا انه بالماء مقدر الى وجود الحدث سببا الى شيئين الحدث والماء تأيد بباب الامامة في مسئلة اقتداء المتوضي بالمتيمم فانه تفرقا فيها فقال محمد هي ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضي به وقالا مطلقة فيجوز وثالثها هنا فانه قوله الاول الآتي عكس كالمتيمم فتري اي لمرد وجهان من المناقضة احدهما قوله في الامامة ضرورية بعدا اتفقوا عليه في جواب الشافعي من انها مطلقة والثاني ان بعيد ما قال في الامامة انها ضرورية قال هنا مطلقة ولعل وجه من المناقضة وهو قولهما هنا كما مطلقة وهنا ضرورية ملوية وكثير من الشارحين ماخذ في التقدير قولهما انه لا يزيل الحدث بيقين ولهذا عند ضرورية الماء انما يصير محدثا بالحدث السابق فقد اقتضوا جميعا والجواب انه لا شك في ان للتيمم جهة الاطلاق وجهة الضرورة وفيه انه ايضا الموت في نفسه مغير للطهارة الا يتطرف فمعنى الاطلاق انه يزيل الحدث مطلقا كالماء الى غاية اعدا لامرين من وجود الحدث او الماء ومعنى الضرورة ان شرعيته ضرورة اداء المكتوبات وعدم تقويتها وكثير الخيرات عند عدم الماء كرامة لهذا النبي الكريم وامته ولذا كان من الخصائص وهذا لا يفيد الا اطلاق بمعنى الاطلاق اذ حاصله بيان سبب شرعيته لما شرع للضرورة والحاجة التي ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء وانما يفيد ضعفه والحوالة على التطهير بالماء دائما كونه ملوثا ومغيرا فهو سبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتداء فانه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين هيئة الاعضاء الظاهرة وتنظيفها بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك كعضده لم يشرع الا للضرورة المتحققة من الحاجة الى الاداء مع عدم الماء كما ذكرنا المبنيا محمد صلى الله عليه وسلم فذكر التلوث وعدم تطهيره في نفسه كرسبب كونه مشروعا للحاجة المذكورة اذا علمت هذا فقولهم مع الشافعي انها مطلقة اي يزيل الحدث ويستباح به كل ما يستباح بالماء على الوجه الذي يستباح به ليتفق به تقرير الصحة به على فرض واحد لا ينافي قولهم انها ضرورية على ما سمعت ممن قال انها مطلقة في موضع وقال في آخر انها ضرورية يمكن مناقضا اصلا وقول من ذكر في تقريره انه لا يرفع بيقين حاصله فرق بينه وبين الماء فان الماء يرفعه بيقين وهذا يرفعه ظنا للخلاف في ان الحدث امر حقيقي

يتحقق ان يوسف لا ان تراد المضمضة والاستنشاق كما يراد عضو كامل وصله وشرح ان اشمل لا يتصور لانه فرضه احتمال ان يقول لان غيره من الاعضاء وشرح ان اشمل
وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فانه الرجعة لان الجماع يحتمل ان يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش وذلك دليل الوطي منه وكذا اذا ولدت لستة
جعل دليلا واذا ثبت الوطي تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد يثبت الرجعة ويبطل ثم بتكذيب الشرع لا يرى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان للاثبات الرجعة الى قوله وتاويل مسئلة الولادة
ان تلد قبل الطلاق لاقل من ستة اشهر او بعد انقضاء العدة بالاقراء فانه تصور الرجعة فان طلقها واستبرأ بالاقراء ثم جاءت بولد لاقل من ستين يوما من يوم طلقها ثم ادعى انه راجعها في العدة
فانه يصدق في حق نفقة الرجعة ستة اشهر ايضا بخلاف ما اذا كان تاكد الملك بالنسبة بينا على تسليم المبدل لان الاصل القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعد ما طلقا بها
فقال لم اجامعها فانها حاضت بولد لاقل من ستين يوما من يوم راجعها ثبت نسب الذي ادعى ولم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة
فانزل واطيا قبل الطلاق دون ما بعده كان على اعتبار الثاني بزوال الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم الوطء

وذلك الموضع عن الاصابة قلنا لا تنقطع الرجعة بخلاف العضو الكامل فان احتمال خطائه بعد الاصابة يعود فيه حد الزنا فيه عنه من هو بصدد تتميم جميع الاعضاء في
غاية البعد فلم يظهر اثره فلم تنقطع **قوله** وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو الواو بمعنى او اذ ترك كل بانفراده كترك عضو وعنه وهو قول محمد
كتركهما دون العضو قوله لان الفرض في فرضيتهما اي في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل خلافا فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة على تقدير السنة تنقطع فقط لعدم
ملاحظته هذا الاحتمال احتياطا ولو بقي حد المنحيين لم تنقطع الرجعة قوله ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه قبل الطلاق ثم طلقها وقال لم اجامعها فله الرجعة
لان الحبل متى ظهر بعد العقد في مدة يتصور ان يكون منه بان ياتي به لستة اشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش
واذا جعله الشارع منه فقد انزله واطا او بطل زعمه في عدم الوطي المستلزم لاقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع اياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فانه الرجعة ما دامت
في العدة وهذا العدم تعلق حق احد بسبب اقراره ذلك خلافا لزفر فيمن تزوج غير الانسان ثم اشترى الانسان ثم استحقت فاخذت منه قبل ان يقضي بها للمقر له ثم وصلت الى يده بسبب
من الاسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له ان كان كذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بسبب الرجوع له بخلاف ما لو قال في عبد انسان انه حر الاصل او اعتقه ولاه وكذبه المولى ثم اشتراه
حكم بصحة اقراره وبحرية العبد مع ان الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه فالحاصل ان تكذيب الشرع اقراره باثبات حق الغير وان تكذيبه الشرع اقراره بما يستلزم بطلان حق لم تكذيبه في اللازم
فينتفي ايضا واذا انتفى عدم الوطي والرجعة ثبت وجودهما فاعتقد في الرجعة بخلاف اقراره باثبات به حق الغير فان تكذيب الشرع يقتصر على نفسه فيبقى اللازم المرتفع
بالتكذيب كما لو لم يكذب فكذا اكذبه في اقراره بالحرية وثبت الحكم بها وفي استحقاق المقر له بالعين بعد تكذيبه بالحكم للمستحق فان قلت كيف يتصور وجود الملزوم مع
تخلف اللازم وان كان لزوما شرعيا الان تخلفه يبطل اعتبار الشرع اياه لازما وقد فرض اعتباره لازما قلت الجواب ان الامتناع في اللزوم العقلي لا الشرعي فقد
يحكم الشرع باللزوم على تقدير فيقتصر الملازمة عليه هنا كذلك فانه حين اقر بالعين لفلان ثبت ان فلانا احق بها من غيره فاذا لزمه الشرع بالقضاء به للمستحق في
اقراره انه لفلان ثبت انه ليس لفلان بالنسبة الى المستحق فقط وانه بالنسبة الى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه **قوله** لا يرى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان
اي الوطي الذي يثبت بتكذيب الشرع اياه والاحصان له مدخل في ايجاب العقوبة فلان تثبت به الرجعة ولا مدخل لها في العقوبة اولى **قوله** وتاويل مسئلة الولادة
ان تلد قبل الطلاق اي في مدة تصح بان تلد لستة اشهر فصاعدا من يوم النكاح كما قدمناه **قوله** واعتق بالمناسب اعتق بابا وكما فعل في ارخى لا بالواو لان كلا منهما
تفصيل للجملة لا استقلال باثباتها الا بيانين لها **قوله** لان تاكد الملك بالوطي في البعدية متبين بالطلاق لا الى عدة وشرط الرجعة العدة وقد اقر بعدمه فصار
مبطلا حق نفسه من الرجعة **قوله** ولم يصر مكذبا شرعا الخ جواب عما يقال انه هنا ايضا صار مكذبا شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة فالحكم بذلك شرعا
انزال الاداء واطيا شرعا فمنع كونه بناء على ذلك شرعا وعلى ايستانه بل بعد بناء على تمام تسليم المبدل وهو بوضعها بالتخلية التي هي سعيها ولو توقف لزوم كمال
المهر على غير ذلك مما ليس في وسعها التصرف فلم يكن مكذبا شرعا وتجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه او كذبها والعدة يحتاط في اثباتها لان انقضاءها
يستلزم خلوها للازواج فهي حق الشرع فلا يصدقان في ابطالها فتصير العدة قائمة شرعا والرجعة عليها فلهم الخلوة بها مقام الوطي لما اوجب ذلك قول الم
المرين ان العدة قد مضت سيما في الشغل مردود بالآية والصيغة لو قال جامعتها كان له الرجعة وان كذبته المرأة في الوطي قوله بخلاف الفصل الاول تفصيل
بقوله لم يصر مكذبا شرعا وعني به ثبوت النسب لظهور الحمل حال الطلاق او بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله لم اجامعها
حيث جعله واطيا حكما لان الرجعة تبتنى على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لانه لا ينفك عنه فيثبت **قوله** معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها اي ثم
طلقها ثم راجعها لا تصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطي فاوجامت بعد هذه الرجعة لاول من ستين من وقت الطلاق صحت اي ظهر حبلها **قوله** لان

فتح القدير مع حاشية ج ٤

ولما لا يعلم الخ وإن قال إن بها ما ولدت فأنت طالق فولدت لأقل من ستة أشهر فهي طالق لأن الحمل لا يكون دون ستة أشهر كذا في الكافي من ستين إلى الولادة بالفصل العدة لأنه وقع طلاقا على حبلى بالولد الأول وولدت الولد الثاني من طلاق حادث فيكون الولد الثاني رجعة لأنه تعذر تقرر بانقضاء العدة بيصير مراجعا وإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت تثلثة أولاد وقع على الأول طلاق والولد الثاني رجعة ولم الثالث لانها إذا جاءت بالولد الأول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صارت مراجعة وبالثالث صارت بائنة بولادة الثالث ووجبت العدة بالقراء حادث بعد العدة ويقع الطلاق الثلاث بولادة الولد الثاني لأن اليمين عقدت بكلمة كل وقد وجبت العدة بالولد الثالث صار بمنزلة ما لو قال لها أنت طالق ثلاثا بولادة الثالث ووجبت العدة بالقراء لأن الحامل من ذوات الحيض تحيض ثم تطلق والطلاق الرجعي تستوفي فيه ثلاث حيض لأن الرجعة استحبابية والثالثة حيض حادث على طهر فلا يكون مشروعا فيكون لأن الحامل من ذوات الحيض تحيض ثم تطلق والطلاق الرجعي تستوفي فيه ثلاث حيض لأن الرجعة استحبابية والثالثة حيض حادث على طهر فلا يكون مشروعا فيكون لأن الحامل من ذوات الحيض تحيض ثم تطلق والطلاق الرجعي تستوفي فيه ثلاث حيض لأن الرجعة استحبابية والثالثة حيض حادث على طهر فلا يكون مشروعا فيكون

لزوجها أن يراجعها متى شاء حتى يملك رجعتها ويسمى الحق فيه معنى لأنه لو لم يكن من قصده المراجعة لكان ضارا بها فيكون مجردة فيقع بصريحه مراجعا ثم يطلقها ثنتين عليها العدة وليس لها أن تتزوج بغيره حتى يشهد على رجعتها وإن قال لم أراجعها وقد انقضت عدتها فالقول قوله لأن الرجعة استحباب عند نا وقد قال تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن الآية وكان تراخي حل الدخول بحاجتها إلى المراجعة فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة وتبين أن البطل حل الوطء من وقت وجود الشرط لتقرر سبب الحرمة وهو الطلاق وقد انعدم بانقضاء العدة وبتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما تقدم ساداً وإطلاق الرجعي يدل على أنه يملك الرجعة وإن لم يعلم بها المرأة وهو الصحيح لأن الرجعة إثبات لبعض ما كان ثابتا قبل الطلاق وذلك أيضا قائم حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لأن حق الرجعة ثبت للزوج ليتمكن من التلافي وعند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استدامة ذلك

على اعتبار الثاني وهو أن الله وليا بعد الطلاق مرجح فالصواب في العبارة أن يقول لأن على الاعتبار الثاني يرجح الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على عدم الوطء إذ المودى على عبارته يكذا على اعتبار أن الله وليا بعد الطلاق بزوال الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء فيجابه فيرجح وتحصيل المقصود من هذا بتكلف بعد تسليم خطائها قوله والمسلم لا يفعل الحرام فإن قيل والظاهر أيضا أنه لا يكذب فالجواب لا بد من أحد الاعتبارين وعلى الأول يلزم كذبه وعلى الثاني يلزم الزنى وهو أعظم من مثل هذه الكذبة قوله وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين لأن فيه لو وصل فإذا كان قوله بعد ستة أشهر معناه أي فضاء ما أقل من سنتين أو أكثر وإن كان عشرين بالم تقرر بانقضاء العدة لأن الثاني يضاف إلى حادث بعد الطلاق في العدة لأن امتداد الطهر الخالي له الا الإياس وبه يصير مراجعا بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى أن المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لأقل من سنتين يجوز لا يكون رجعة وفي أكثر من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الأول دون الثاني فإن هذا الاحتمال يسقط هنا لأنها إذا كانا من بطنين كان الثاني من وطء حادث البتة بخلاف ما إذا كانا بينهما أقل من ستة أشهر فإنهما من بطن واحد فلم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من وطء على حدة بعد الطلاق الواقع بولادة الأول فلم تثبت الرجعة لأنها بالوطء الكائن بعد الطلاق قوله وإن قال كلما ولدت ولد فأنت طالق فولدت ثلثة أولاد في بطون مختلفة وهو أن يكون بين كل ولدين ستة أشهر فإن كان أقل فهما توأمان فيقع طلقتان بالأولين لا غير إذ بالثالث تنقضي العدة ولو كان الأولان في بطن الثالث في بطن يقع ثلاثة وإن كان أقل من ستة أشهر فإن

ان المبطل على الاباحة من وقت وجوده وان مسافرته بها كانت باجنبية كما يقتضيه تقرير الهداية السابق على تقدير ما اذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك تقتضيه حرمة الخلوة بها ان لم يكن قصده الرجعة يقتضيه انه لو راجعها فورت حاجة وان المبطل لم يعمل اصلا فتبين ان الخلوة والمسافرة كانتا باجنبية والدليل على ان عمل من وقت وجود اسباب الاقرار المافية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا على انقضائها لم تحتسب بما جئ الى عدة مستانفة والاوجه تحريم السفر مطلقا للاطلاق النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على المتقدم ولزوم ظهور ان الخلوة باجنبية غير ضائرة اذا حالة تحققها كانت زوجة يباح لها شرعا ما يباح من الزوجة **قوله** وذلك يعني استبداده به يؤذن بكونه استدانة لا انشاء والدليل ينافيه اي ليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينافيه اي ينافي الانشاء لانه لو كان انشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج الى حضار المرأة واذ نها والتشهود والولي عند من يوجبه احتياطا ومما يدل على بقاء الزوجية في الرجعية من كل وجه قد منا في اول الباب من النصوص فارجع اليه **قوله** والقاطع الخ جواب عن قول الشافعي رحمه الله الزوجية باقية لوجود القاطع قلنا نعم وجد ولكن آخر عمله اجماعا على ان الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد ان عمله وهو القطع موقوف او نقول تاخر عمله نظر الزوج على ما تقدم من ان جعل الرجعة بيده نظرا **فصل** في تحول بها المطلقة لما ذكر ما يتبادر الركن به غيره **قوله** لان محل المحلية تركيب غير صحيح والصحيح ان يقال لان حل المحل باق والمحلية باقية وهذا لان المحلية هي كون الشيء محلا والاضافة لنسبة الحل اليها اذ لا اضافة لحل كونها محلا **قوله** لان زواله رجع الضمير الحل وضمير فيعدم الزوال **قوله** ومنع الغير جواب عن مقدر والمتبادر من العبارة ان يقال ما فرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوج للغير فاجاب بلزوم اشتباه النسب في الاجنبي دون الزوج وهو سهل وقد يقرر بكذا النص في العدة عام بالنص قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله يعني انقضاء العدة تكليف جاز للزوج تزوجها في العدة وحاصل هذا استحكال الاطلاق للزوج في العدة وعموم النص يمنعه والاول طلب الفرق قلنا عمومه في ضمير تعزموا وفي العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالاجماع فيلزم تخصيصه من العموم الاول وحكمة شرعية العدة في الاصل ان لا يشتبه النسب والاشتباه في الطلاق اي طلاق صاحب العدة عن فحل لكنه لان الماء ماؤه فلذلك جاز الاجماع على الطلاقه والطلق وليس هذا الكلام بيان علته وليل التخصيص اعني الاجماع لان الصغيرة والآئسة استثنيا في حقهما مع عدم الطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من الطلاقه وعدم المانع لا يعلل به لكن المعنى انه ليجمع مع المانع بل هو منتف فجاز الاجماع وبسببه ان العدة بعلة الماء والى دفع الاشتباه وفوجود الحاجة الى الدفع منتف لثبوت العدة المانع من التزوج ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة الى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها لا انه وجد المقتضي للعدم لان العلة لا توثر في العكس يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم اعني وجوب العدة مع عدمها في الآئسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن ابانه اخرى ما ان يكون اظهار السر المحل اذا ما تلت حيث منع عن ورود ذلك الاستباع عليه مدة ليغلب على الرغبة بخلاف ما لو اطلق مطلقا كما اظهر خطره مرة اخرى باشتراط جمع الناس ليشهدوا ولم يطلع عليها الا هي فيها بقيد محض فلم يكن لوراجعها من حكم العدة مع النص عليها وفي غيرها معلل بما قلنا فليست العدة مطلقا تعبدية **قوله** وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او تنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره الخ لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها او غير مدخول بها لصريح الطلاق النص وقد وقع في بعض الكتب ان في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لا يحل لمسلم رآه ان ينقله فضلا عن ان تعتبره ولان في نقله اشاعة وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الامر فيه ولا يخفى ان مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوته شرطا من عدم مخالفة الكتاب والاجماع نعوذ بالله من الزيغ والضلال وما ورد فيه لعدم الفرق مختارات النوازل والامر فيه من ضروريات الدين لا يعد انكار مخالفة **قوله** الراد اي المراد بقوله تعالى فان طلقها

الطلاق الثالثة لانه ذكر عقيب المطلقتين في القرآن حيث قال الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها اي الثالثة هذا قول الجمهور وذهب طائفة الى ان الثالثة هي قوله او تسريح باحسان فان بازين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عرفت المطلقتين في القرآن فاين الثالثة فقال فقوله او تسريح باحسان كذا في المسوى وكان المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة انه وقع بلفظ التسريح او بقوله تعالى فان طلقها اذ لا يمكن الخلاف في ان المراد بقوله فان طلقها الثالثة لانه عقيبها بقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحق ان المراد بالتسريح الثالثة والاكثر ان الثانية ذكر شرطا لاعطاء حكم الثالثة والاول ذكر للبيان ابتداء شرعية الثالثة وحاصله ان يقال شرعها الشارع ورتب على الثالثة كما وبين ذلك بقوله الطلاق مرتان ثم بعدها اما امساك بمعروف او تسريح بثالثة باحسان فان طلقها الثالثة اختيار الاحد الامرين الجائزين له فلا يحل له بعد حتى تنكح زوجا غيره وفيه ان كليهما مراد به الثالثة **قوله** لحل الحليلة فيه مثل ما سبق **قوله** ثم الفاء اي غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى فلا تحل له هو الزوج الثابت بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلذا قالوا لو طلقها اثنتين وهي امته ثم ملكها او ثلاثا لحرة فارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لا يحل له وطيها بملك اليمين حتى يزوجها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها **قوله** والزوجية مطلقا وكذا الزوج مطلقا انما ثبت بنكاح صحيح لان المطلق ينصرف الى الكامل اولانه المتبادر عند اطلاقه خصوصا اذا كان مضافا الى المستقبل ودون ما في النكاح الفاسد بخلافه مضافا الى الماضي لان المراد في الاول التعلق والاحقاق وهو لا يحصل الا بالصحيح وفي الثاني صدق الاخبار وهو يحصل بالتزوج فاسدا فلذا حنث في يمينه لم يتزوج بالفاسد لانه حالفه لا يتزوج **قوله** لشرط الدخول ثبت باشارة النص الخ لا يخفى ان على تقدير حمله على الوطي انما ثبت بعبارة النص لانه مقصود بالسوق **قوله** حمل الكلام على الافادة دون الاعادة يعني ان الاعادة لازم على تقدير حمل لفظ ينكح على العقد لان اسم الزوج يتضمن اعادته لدلالته عليه التزاما بخلاف ما اذا حملناه على الوطي فان كان حقيقة كان مجازا بالنسبة الى المرأة اذ هو حال نسبته الى الرجل اريد به التمكين من حقيقته لا حقيقته فان المجاز في الكلام اكثر من الاعادة هذا الوجه على العموم ووجه آخر على انها وهو ان في حمله على العقد مجازين النكاح في العقد مجاز فان حقيقته الوطي والزوج في الاجنبي مجاز باعتبار الاول وعلى الوطي مجاز واحد وهو النكاح في التمكين والزوج في حقيقته **قوله** او يزاد على النص الحديث المشهور هذا انما يتصور اذا اريد بلفظ ينكح في النص العقد لا على ارادة الوطي فيه **قوله** روي بروايات روى الجماعة من حديث عائشة رضه انه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل ان يواقعها أتحل لزوجها الاول قال لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الاول وروى الجماعة الا ابا داود عن عائشة رضه جاءت امرأة رفاعة القرظي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فبت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير بفتح الزاي لا غير وان ما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اتريدين ان ترجعي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وفي لفظ الصحيحين انما كنت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات وفي لفظ للجماعة كذبت والله يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لانفضها نفض الاديم ولكنها ناشز تريد ان ترجع الى رفاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كان كذلك لم تحل له حتى يذوق من عسيلتك قال وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الذي تزعمين ما تزعمين فوالله لهم اشبه به من الغراب بالغراب هو في الموطأ هكذا انا مالك عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعة بن شموال طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا فتزوجها بعده رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرها عبد الرحمن بن الزبير فلم يستطع ان يمسها ففارقها فاراد رفاعة ان ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وقع في معجم الطبراني عكس ما في الصحيح عن عائشة رضه كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها فتزوجها رفاعة رجل من بني قريظة ثم فارقها الحديث وفيه فقال والله

والمجبوب لا حد فيه سر سعيد بن المسيب رضي الله عنه وقوله غيره معتبر حتى لو تفرد به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه الكامل والمبالغة فيه بالكمال قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو شرطها للنفي وملك اليمين كالنكاح في الكفاية والحجة عليه ما بيناه وفسر في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان يتحرك الذكر ويغتشي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب للنزول مائها والحلية تعالى لا يحابي في حقها اما الاغتسال على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال وطئ امة ابنه لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

باتيمة لا ترجعي الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك بل غيره قال لم يروه عن ابي اسحق الا سماعة ابو الفضل **قوله** ولا خلاف لاحد فيه اي من اهل السنة والمراد الخلاف المعالي سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة قائلين بقوله واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه **قوله** يفيد لفائدة الحديث المشهور قال الصدر الشهيد من نفى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين انتهى وهذا الان شريعته ذلك لغلظة الزوج حتى لا يسرع في كثرة الطلاق حمل البعض حين عمل البعض ما يباح **قوله** والشرط الايلاج بقيد كونه عن قعوة تقسيه وان كان ملفوفا بخرقة اذا كان يجد لذة حرارة المحل فلو اولج الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها الا ان انتشر وعمل الصغير الذي لا يجامع مثله اولى لانه لا يجد لذة اصلا بخلاف من في آلته قوة وادخلها حتى التقى الختانان فانها تحل به وخرج المجبوب الذي لم يبق له شيء في محل الحل اي محل الختان فلا يحل بصحقة حتى تحيل وفي المبسوط في رواية ابي حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يحل ولا يثبت نسب الولد منه لانه اذا جف ماؤه صار كالصبي ودونه ودخل الخصي الذي مثله يجامع فيحلها وفي التجريد لو كان مجبوبا بالمحل فان حبلت وولدت حلت للاول عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح وفي الخلاصة لو كان مشلولا وجامعها حلت عند ابي يوسف رح خلافا لزفر رح والحس يشترط كونه في المحل بيقين حتى لو جامعها هي مفضاة لا تحل لم تحبل ولو تزوج صغيرة لا يوطأ مثلها فطلقها زوجها ثلثا فوطيها هذا الزوج فاقضاها لا تحلها وان كانت يوطأ مثلها حلت وان افضاها **قوله** ودون الانزال خلافا للحسن البصري لا يحل عنده حتى ينزل لقوله للعسيلة عليه ومنعها بانها تصدق مع الايلاج وانما هو كمال وفي مسند احمد رواه انه صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هي الجماع انتهى فحيث صدق مسمى الجماع يثبت فيه الا ان في سنده ابن عبد الملك المكي مجهول **قوله** وهو الشرط بالنص فيه نظر اذ لو كان هو الشرط ليس غيره لحلت بدخول الصغير الذي لا يجامع مثله لكنها لا تحل لانه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة من الجانبين فلا بد من كون الزوج ممن ينتشر ايضا وسواء كان حرا او عبدا تزوج باذن المولى عاقلا او مجنونا اذا كان يجامع مثله مسلما او ذميا في الذمية حتى يحلها للزوج المسلم ولو تزوجت عبدا بغير اذن سيده فدخل بها ثم اجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يطأها بعد الاجازة وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفاس والاحرام وان كان حراما رجل طلق زوجته فاشترى عبد صغير لا عشرين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج **قوله** فسر اي فسر الصبي المراهق في الجامع فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع وفي المنافع المراهق الداني من البلوغ وقيل الذي تحرك آلته ويشتهي الجماع وفي فوائد شمس الائمة انه مقدر بعشر سنين والنفس ما اسلفناه وفي باب الاولياء والاكفاء من اشتراط الزوج كفوا على رواية الحسن عن ابي حنيفة اذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول ابي يوسف رح وهو المختار للفتوى في زماننا على هذه الرواية لو زوجت الحرة نفسها عبدا لا تحل للاول بدخوله **قوله** ووطء المولى لا يحلها لزوجها لما قدمناه من ان غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجا **قوله** وشرط التحليل بان يقول تزوجتك على ان احللك له وقيل هي مكروه كراهة التحريم المشتهرة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له ولو نويا ذلك ولم يقولا فلا عبرة به ويكون الرجل ماجورا لقصده الاصلاح والحديث المذكور روي من حديث ابن مسعود وعلي وجابر وعقبة بن عامر وابي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم اجمعين والتخريج عن بعضهم يكفينا فعن ابن مسعود رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له وصححه الترمذي وحديث عقبة بلفظ قال صلى الله عليه وسلم الا اخبركم بالتيس المستعار قالوا بلى يا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجه قال عبد الحق اسناده حسن وقال الترمذي في علله الكبرى الليث ابن سعد اراه سمع من شرحبيل بن مامان لا روى عنه ودفع بان قوله في الاسناد قال ابو مصعب شرحبيل يرد ذلك رواه الدارقطني مسندا عن ابي صالح كاتب الليث عنه ولذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطني والا فالحديث صحيح عند ابن ماجه لان شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره

وهذا هو محمل ان طلقها بعده وطئها احتملت الاول لوجود الدخول في النكاح لا يبطل بشرط وعن ابي يوسف رح انه ان فسد النكاح
كانه في معنى الموقت فيه ولا يحملها على الاول لفساده وعن محمد رح انه يصح النكاح لما بينا ولا يحملها على الاول كانه استعجل ما اخره
الفرع فيجازى ممنوعة كما في قبل المورث وادخل الطلاق اجرة بطليقة او بطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر تحللت للاول الزوج
الاول على ثلاث تطليقات بهدم الزوج الثاني ما دون الثلث كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يهدم صاد دون الثلث

ابن يونس في تاريخ المصريين واثنى عليه بعلم وضبط وابو عثمان بن صالح المصري ثقة اخرج له البخاري ومشرح وثقه ابن القطان ونقل عن ابن معين انه
وثقه والعلة التي ذكرها ابن ابي حاتم لم يرح عليها ابن القطان ولا غيره قال الزيلعي في التخريج المصنف استدل بهذا الحديث على كراهية النكاح المشروط به التحليل وظاهر
التحريم كما هو مذهب احمد لكن يقال بالسهاد محللا دل على صحة النكاح لان المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى وظاهر وانه اعترض ثم جوابه بالاعتراض
فتشاوه وعدم معرفة اصطلاح اصحابنا وذلك انهم لا يطلقون اسم الحرام الا على شيء ثبت بقطعي فاذا ثبت بظني سموه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب في الجواب
فكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك اذ قد يحكم بالصحة مع لزوم الاثم في العبادات فضلا عن غيرها مخصوصا على ما يعطيه كلامه من تسميته المنع الثابت
بظني حراما **قوله** اي المحلل الشارط هو محمل الحديث لان عمومه هو المحلل مطلقا غير مراد اجماعا والاشمل المتزوج تزويج رغبة **قوله** للانه في معنى الموقت والموقت
في معنى المتعة وهو المتعة على ما حققناه ليفسد فلا يحلها وتسميته محللا لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا او طالبا للحل ولانه ملعون وعقد النكاح لمتعة
ولو كان صحيحا لما لعن عليه بوجه ما في مستدرك الحاكم جاء رجل الى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها اخ له ليحلها له يحل للاول قال لا الا نكاح رغبة كنا
نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصححه قلنا كونه في معنى الموقت ممنوع او تعيين نهاية الوطء لا يستلزم تعيين وقته لان الوطء قد يكون في ليلة الخلوة او بعد
جمعة او شهر فلا توقيت صريح ولا معنى وحقيقة الحل مثبت الحل لان قام به مجوز وطلبه اللعنة على سبيل قرينة من الوجه الممنوع وقول ابن عمر مرفوعه حتى يعارض هذا الحديث
وقوله كنا نعده سفاحا لا يستلزم انهم كانوا لا يحكمون بحلها للاول لصدقه مع ثبوت الحرمة **قوله** لانه استعجل حاصله ان المفسد هو التوقيت متنف لانه ليس توقيتا
والغرض هو حلها له بتحليف لانه استعجله بطريق محظور كقاتل المورث لا ان هذا القياس معارض للنص هو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحل كان ثابتا
ثم اعترض عدمه بنيا على نكاح زوج فسد وجود النهاية ينتفي المنع فيثبت الحل كان ثابتا البتة فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للاول البتة ومن الجيل اذا اضاف
ان لا يطلقها المحلل ان تقول زوجتك نفسي على ان مرري بيدي طلق نفسي كلما اريد فاذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الامر في يدها وهذا بناء على ما عليه العامة ان
شرط التحليل يبطل ويصح النكاح وذهب بعضهم الى انه يصح الشرط ايضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه منقول عن ابي حنيفة ره في روضة الزندويسي وذلك وهذا اعلم فيه
في ظاهر الرواية والاصح ان يعول عليه ولا يحكم به لانه بعد كونه ضعيف الثبوت ينبو عنه قواعد المذهب لانه لا شك انه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد والعقود في مثله على قسمين
منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الاصل ولا شك ان النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب ان يبطل هذا وان
لا يجبر على الطلاق لغلبة مكروه بالشرط كما تقدم من محمل الحديث ويبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بالكراهة وارده السروجي من ان الثابت عادة كالثابت نصا في غير محل
كلامهم لانه يلزم من قصد الزوج ذلك ان يكون مما هو معروف بين الناس متداول فاذا ذلك فيمن نصب نفسه لذلك فصار مشتهرا به وهنا قول آخر وهو انه ماجور وان
شرط لقصده الاصلاح وتأويل اللعن عنده هو لانه اذا شرط الاجر على ذلك هذا ولو لم يذكر ما من قول ابن عمر كنا نعده سفاحا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل
عن واقعة حال مفروضة لشخص لا يمكن ان يقال ان مقتضى اللفظ ان تعلق اللعن به اذا كثر منه ذلك بان نصب نفسه لهذا الامر شرطا او لا ان المحلل من فعل شديد اللعن
وهو للتكثير فيخص فعل الفاعل والمفعول فلو اراد تعليق اللعن به مرة اذا شرط لقال المحلل من احلها بهمزة التعدية لكن حديث ابن عمر تصرف عن هذا فيكون من تحقيقات اللحم وان
لم يكن فيه تكثير **قوله** يهدم الزوج الثاني الطلاقة والطلقتين يعني اذا كان دخل بها ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق وتقييده في صورة المسألة بالحرة لو صغيرة في هدم الطلاقة
والطلقتين لا يتحقق في الامة اذ لا يهدم طلاقة واحدة لانه لا هدم في الامة اصلا **قوله** وقال محمد رح لا يهدم والمسألة مختلفة بين الصحابة فروى محمد عن ابي حنيفة عن حماد
بن ابي سليمان عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود اذ جاءه اعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة او تطليقتين ثم انقضت

لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا لا انهاء للحرمة قبل الثبوت فلهذا قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلثا فقالت انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة

عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها او طلقها ثم انقضت عدتها واراد الاول ان يتزوجها على كم هي عنده فالتفت الى ابن عباس رض وقال ما تقول في هذا فقال سبع بقي ثلاث وهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلث وسئل ابن عمر رض فقال فالتفت ابن عمر رض فقال مثل ما قال ابن عباس رض وروى البيهقي من طريق الشافعي وبسنده عن عمر رض نحوه سبع بالزوج الثاني للواحدة والثنتين والثلث وسئل ابن عمر رض فقال فالتفت ابن عمر رض فقال مثل ما قال ابن عباس رض وروى البيهقي من طريق الشافعي وبسنده عن عمر رض نحوه قال هي عندي على الباقي ونحوه عن علي رض ونقل عن ابي بكر وعمران بن الحصين فاخذ المشائخ من الفقهاء يقول شيبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشائخ الصحابة والترجيح بالوجه **قوله** لانه غاية للحرمة اي للان الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل له اي مطلقا الا بنكاح والا بكل بين حتى تنكح زوجا غيره فيكون اي الزوج منهيا للحرمة والا نه للحرمة قبل الثبوت اي ثبوتها فاللام بدل الاضافة والثبوت لما لا بد الثلث فلا يكون منهيا قبلها فصار كما لو تزوجها قبل التزوج او قبل اصابته الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من الطلقات فانا قد علمنا بالنص وجعلنا وهو الحرمة في صورة الغلظة لكن ثبت انه وصف آخر بنص آخر وهو اثبات الحل مطلقا فلما ارتفع الحل ارتفع العلم به وهو الحديث المذكور آنفا وجه الات لان الله سماه محللا وحقيقته مثبت الحل لكل المحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك ان قلت قلنا بدوتكم انتم العمل به وهو الحديث المذكور آنفا وجه الات لان الله سماه محللا وحقيقته مثبت الحل لكل المحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك ان قلت تقدم آنفا ان محل الحديث اشتراط الحل للعلم قطعا انه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة والا لتعلقت بالمتزوج تزويج رغبة فلا بد من كون متعلق اللعنة على ما قالوا اشتراط الحل فلا يكون فيه دليل على انه مثبت للحل المجدد شرعا لانه لم يرد بالمحلل مثبت الحل باشتراط قيل لا شك ان الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل فالمسلم حل العقد مثبت الحل اذا شرط الحل فلا يكون شارط الحل مرادا بلفظه من التركيب المذكور بل كلمة مضمر فصحيح دليل على ان الزوج مثبت الحل وتعليق اللعنة به اذا شرط وبه يندفع ما قدمنا ويظهر ان المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث ان محل اللعنة المحلل اذا شرط لا ان المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو الشارط للحل الما

الآلة مما يحل او امر دبي لتعلق الحل به وقول الولد فيهما مقبول وغير مستنكر اذا كانت المدة محتملة واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة

تقدير شهور وذكر في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولهما لم تنقض عدتي ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كانه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى وكمال انتهى من قاضيخان ثم رايت في الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور قال في الفتاوى في باب البائن لو قالت بعد ما تزوجها الاول ما تزوجت بآخر وجب بآخر تزوجت بآخر ودخل بك لا تصدق المرأة انتهى ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا لاني جامعتها ان صدقت المرأة لا تحل للزوج الاول وان كذبته تحل كذا اجاب القاضي الامام ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمسئلة قولها وكذا على العكس وفي النهاية ولم يميز بل لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها ان تزوجتها لا تحل للاول قلت ينبغي الامر حلي غالب ظنها ان كان صادقا عندها فلا تحل له وان كان كاذبا تحل وعن الفضلي لو قالت تزوجني فاني تزوجت غيرك وانقضت عدتي فتزوجتها ثم قالت ما تزوجت صدقت الا ان يكون اقرت بدخول الثاني كانه والله اعلم يحمل قولها تزوجت على العقد وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي لما على انكارها اعترفت به ولذا قال الا ان تكون المرأة اقرت بدخول الثاني فانه لم تقبل قولها فانها حينئذ تكون مناقضة مستركة وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلث وظن انه لم يحنث فافتيت المرأة بوقوع الثلث وخافت ان اعلمته بذلك ان يتزوج بها فيفارقها وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلث وظن انه لم يحنث فافتيت المرأة بوقوع الثلث وخافت ان اعلمته بذلك ان يتزوج بها فيفارقها

يسفر وتأمره اذا حضر بتجديد العقد قال نعم ديانة **قوله** لانها معاملة انت الضمير وان كان مرجعه هو النكاح لذكر التاسيث خبره وفي غير نسخة لانه على الاصل وطول الوجه

فيها مقبول كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارات وكذا يقبل قول الامة والعبد في المدة **قوله** هو غير مستنكر اذا كانت المدة محتملة افاد ان تصدقها

اذا وقع في قلبها صدقها شرط احتمال المدة ذلك **قوله** وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وقعت هذه الحوالة غير راسخة لانه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها واجاب بعضهم

بانه لم يقبل في العدة من هذه الكتاب فيمكن ان يكون اراد في عدة غير هذا الكتاب ومثل هذا مما يقضي العجب من تسطيره في الاوراق ممن هو من اهل العلم والتوفيق الا بالله

واذا لم يقع بيانها في الكتاب تعين تعيينها في الشرح وذكر بنده من الخلاف اختلف في اقل ما تصدق فيه اذا ادعت ان كان انقضاء العدة بالاقراء فقال ابو حنيفة لا تصدق

في اقل من ستين يوما اذا كانت حرة وقالا اقلها تسعة وثلثون يوما وقال شريح لو ادعت ثلث حيض في شهر وجارت بالبينة من النساء العدول ان من بطانة اهلها انها

الحيض والغسل عند كل طهر وصلى فقد انقضت عدتها قال علي رضي الله عنه قالون وسماه بالرومية حسنت وبهذا شافعي رحمه الله اثنتان وثلثون لحنفان ان وقع الطلاق في الطهر بسبعة اربعون لو انا

ان وقع في الحيض وقال ابو يوسف سبعة واربعون قال مالك في الجملة اربعون وقال اسحاق بن راهويه وابو عبيد ان كان لها اقراء معلومة يعرف بها بطانة اهلها تصدق على البينة بذلك والا لا تصدق في

اقل من ثلاثة اشهر وقال احمد بتسعة وعشرين ان قلنا اقل الطهر ثلاثة عشر وان قلنا خمسة عشر يزاد اربعة ايام فيصير ثلاثة وثلثين وما احسن قول اسحق وابي عبيد

وهذا لان العادة ان الشهر الواحد لا يشتمل على اكثر من حيضة واحدة وطهر فتنكذب بها العادة اذا اخبرت بما دونه والمكذب عادة كالمكذب حقيقة الا ترى ان الوصي اذا قال انفقت

عليه بائنة فمن يوم لا يصدق وان احتمل صدقته بان تكرر هلاك المشتري في اليوم الا يرى ان الله سبحانه وتعالى لما اقام الزمان مقام الاقراء في الآيسة والصغيرة قدر العدة

بثلاثة اشهر فقال واللائي يئسن من المحيض الى قوله تعالى فعدتهن ثلاثة اشهر بخلاف ما اذا شهد بما دون العدة فانه يثبت ان هذا من النادر وهذا هو المذكور في وجه

الى حنيفة رح رايت ان قول اسحق ومن معه اولى به فان لم يؤخذ بهذا ينبغي ان لا يعدل عن قول ابي حنيفة رح وتخريجه على قول محمد رح ان يحمل مطلقا في اول الطهر

فتفاديا من الطلاق عقيب الحيض فيحتاج الى ثلاثة اطهار بخمسة واربعين كل طهر بخمسة عشر وثلث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة هذا بالوسط فيه وعلى قول الحسن بن

زياد ان يحمل مطلقا في اول الطهر تفاديا من تطويل العدة فيحتاج الى ثلاثة حيض بثلاثين يوما اعتبارا للاكثر وطهرين بثلاثين ثم يحتاج الى مثلهما في حق الزوج الثاني

وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت امة فاقل ما تصدق فيه خمسة وثلثون طهر الخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين وعلى تخريج محمد

ثلاثة واربعون الطهر الذي وقع الطلاق في اوله والمتخلل ثلثون وحيضتان بعشرة وتخريج قولهما ان يحمل مطلقا في آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلث حيضتين بسبعة اعتبارا للاقل

باب الايلاء

وإذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية فان وطيها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه

ثم يحتاج الى شهر اخر في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت امة فاقل ما تصدق فيه احد وعشرون يوما حيضتان لستة وطهر خمسة عشر يوما ومثله للثاني وزيادة طهر يعني اذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلثا تريد ان تتزوجها لا يجوز حتى تحتسب مع المدتين طهرا آخر في كل تخريج جعل الزوج قيمه مطلقا في تمام الطهر لان الزوج الثاني اذا جعل مطلقا في آخره والغرض ان عدة الاولى انقضت باول الطهر لزم ما قلنا ولو كان عاق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في اقل من خمسة وثمانين يوما في قوله على تخريج محمد رحمه الله وعلى تخريج الحسن لم تصدق في اقل من مائة يوم احتسابا للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر خمسة عشر ثم ثلث حيض طهران يستبين وبذا لان المرأى في مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده ويكون ما بعده حيضا موقوف على ما تقدم طهرتام وهو بما قلنا هذا في حق الزوج الاول ثم يحتاج في الثاني الى ستين على ما سمعت على التخريجين وعند ابي يوسف رحمه الله تصدق في حق الاول في خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر باحد عشر يوما عنده لان مدة اكثر من عدة الحيض فيقدر بالاكثر من اكثره بيوم ثم بعد هذا ثلاثة اطهار تحتاج في حق الثاني الى ثلث وثلثة ايضا وعند محمد تصدق في اربعة وخمسين يوما وساعة لانه لا غاية لاقل النفاس فاذا قالت كان بساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلث حيض وطهران وتحتاج في حق الزوج الثاني الى اربعة وخمسين يوما ثلث حيض وثلاثة اطهار هذا في حق الحرة واما في حق الامة فتخرج بحمد الله على المذهب غير خاف والله الموفق

باب الايلاء تحريم الزوجة بايمان مؤقتا او مطلقا او مؤبدا بالطلاق او الايلاء او اللعان او الظهار مبتدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح في وقته ثم اولاه الايلاء لانه اقرب اليه في الاباحة لانه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء والتحقيق ان تحريمها ليس الا بالطلاق في الحال او الى انقضاء العدة وغيرها ثبوته باسباب الاصل والاشهر منها الابتداء تنجيزا او تعليقا فقدم ثم اولى الايلاء لانه لا يلزمه المعصية اذ قد يكون برضاها لخوف غيل على ولد وعدم موافقة مزاجهما ونحوه فيتفقان عليه لتقطع بحاجة النفس بخلاف الظهار واللعان فانهما لا يمكنان عن المعصية ولهذا قدم عليهما الخلع لانه ايضا لا يستلزم حراما لجواز ان تسأله للنشوز لقصد التخلي للعبادة او لعجزه عن اداء حقوق الزوج والقيام باموره وانما قدم الايلاء عليه مع اشتراط الحنث فيه لاستلزام المعصية والانفكاك منها لاختصاصه بمزيد قسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد والايلاء لغة اليمين وجمعه الايلاء قال قليل الايلاء حافظ ليمينه وان بدت منه الالية برت وفضله الاريولي ايلاء كتصريف اعطى وفي الشرع هو اليمين على ترك وطء الزوجة اربعة اشهر فصاعدا اما بعده او بتعليق ما يستشقه على القربان وهو اولى من قولهم لان الكفر الحالف على ترك قربانها اربعة اشهر لان مجرد الحالف تحقق في نحو ان وطئتك فعبدي حر على ان اصلي ركعتين او اغزو ولا يكون بذلك موليا لانه ليس بما يشق في نفسه وان تعلق استقاقه بعارض وميم في النفس من الجبن والكسل بخلاف ان وطئتك فعلي حج او صيام او صدقة فالمولي حج لا ينجو عن احد المكروهين من الطلاق او الزوم ما يشق عليه وهو اولى من قولهم لا يخلو عن احد المكروهين من الطلاق او الكفارة لتصوره بما اذا حلف بنحو ان قربتك فعبدي حر او فلانة طالق وامارأته فهو الحالف المذكور وشرطه تحليه المرأة ذا لية الحالف وعدم النقص عن اربعة اشهر والاول ما لزوجية والثاني بالبلية الطلاق حقه عنها بالبلية الكفارة غيصح ايلاء الذمي عنده بما فيه كفارة بنحو والله لا اقربك فان قربها لا يلزمه كفارة وان مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما الا الولي بما هو قربة كان قربتك فعلي حج او صلوة او صوم فلا يصح اتفاقا ولو ولي بما لا يلزم قربة كان قربتك فعبدي حر ونحوه صح اتفاقا وحكمه لزوم الكفارة او الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقة بائنة بوقوع البر والفاظه صريح وكناية فالصريح نحو انت طالق او اجامعتك او لاطأتك او لاباضعتك او لاغتسلن منك من جنابة فلو ادعى انه لم يعن الجماع لم يدين في القضاء والكناية نحو لا امسك لا يتك لا اغشاك لا المسك لا يخيظ لك لاسوءتك لا ادخل عليك لا جمع راسي وراسك لا اضاجعك لا اقرب فراشك فلا يكون ايلاء بلا نية ويدين في القضاء وقيل الصريح لقطان لا اجامعك لا يتنك هذه كنايات تجري مجرى الصريح والاولى الاول لان الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة او مجازا لا بالحقيقة والا لوجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثاني ما ذكر وفي البدائع الاقتضاض في البكر يجري مجرى الصريح والدنو كناية وكذا لا ابيت معك في فراش ويخالفه ما في المنتقى لا امام معك ايلاء

ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين تنفرغ بالحنث وان لم يفرق حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي

بلانية وكذا الايمس فرجي فرجك في الذخيرة وفي جوامع الفقه بالمخالفة قال في الايمس جلدي جلدك لا يصير موليا لانه يمكن ان يلف ذكره بشيء وفي المرغيناني في يحنث يمس الفرج دون الجماع فليس بمول قيل فيه بعد وهو حق لان الفرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية منقسمة الى البينة وهو فرع ان يراد به ذلك والا يحنث الا بالجماع فيكون موليا وفي التحفة لو قال انا منك مول فان عنى الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا ايجاب في الشرع فان عنى به الايجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه اوجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال انت علي مثل امراة فلان وقد كان فلان آلى من امراته فان نوى الايلاء كان موليا والا فلا فيما بينه وبين الله تعالى لانه اوجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال انت علي مثل امراة فلان وقد كان فلان آلى من امراته فان نوى الايلاء كان موليا والا فلا فيما بينه وبين الله تعالى لانه اوجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال انت علي مثل امراة فلان وقد كان فلان آلى من امراته فان نوى الايلاء كان موليا والا فلا فيما بينه وبين الله تعالى لانه اوجب الايلاء بهذا اللفظ

في اليمين وان لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا ولقائل ان يقول الايلاء الحلف الى آخره وقوله انت علي مثل امراة فلان او انا منك ليس بيمين فيه صيغة حلف الشائعة ولا التعليقية لان معنى الحلف قوله والله لا اقربك ونحوه او ان قربتك وليس قوله انت مثلها اياه ولا انا منك ولا انت حقا لوجوده لفرض عدم وجوده سابقا ولاحقا الا ان هذا جواب الرواية صرح به الحاكم ابو الفضل في مختصره وفيه لو آلى من امراته ثم قال لاخرى اشركتك في ايلائه كان باطلا ولو قال ان قربتك فعلي يمين او كفارة يمين فهو مول والجواب ان قوله انا منك مول معناه انا منك حالف ومعلوم التعاقد باليمين بقوله انا حالف فقط كما ينعقد بقوله احلف بالله فينعقد بقوله انا حالف وكذا التشبيه المذكور يؤل اليه ولو قال لا دخلت فيك في الدبر او فيما دون الفرج لم يصر موليا خلافا لما لك رح ولو قال لا جامعتك الا جماع سوء سئل عن نيته فان قال اردت الوطي في الدبر صار موليا وان قال اردت جماعا ضعيفا لا يريد على الثقاء الختانين فليس بمول وكذا ان لم تكن له نية وان قال اردت دون ذلك فهو سوا قوله ولزمته الكفارة وليس حكم المولي مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المعنى المذكور في قوله اذا قال الرجل والله الى آخره لما ستعرف ان المولي لا يكون حكمه الكفارة بذلك التقدير وقال الشافعي رح في القديم لا كفارة في خصوص هذا الحنث لانه تعالى وعد المغفرة بتقدير الفيء والمراد الجماع لانه في الاصل الرجوع وبالجماع تحقق الرجوع عن ذلك الترك قال الله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم وقوله في الآية الكريمة

لنا ان الايلاء سبب لوجوب الكفارة بالحنث لقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم والتحلة لا تكون الا بالكفارة ولان الايلاء يمين بالاجماع والكفارة موجب الحنث في اليمين بالنص والاجماع والجواب ان الفيء وان كان في الاصل الرجوع لكنه في الشرع اسم للجماع في المدة بدليل ان الرجعي لا يفيد ذلك لانه بسبيل من ان يراجعها في عصمته ويعيد الايلاء فتعين البائن لتملك بضعها وتنزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع وجود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهاضها باثباته تحت الخلاف في موضعين احدهما ان الفيء عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعندنا لا يكون الا بعد مضيها لتوقف الى ان يفيء ويطلق لقوله تعالى فان فاؤا والفاء للتعقيب فاقتضى حواب الفيء بعد المدة وعندنا الفيء في المدة لا غير والجواب ان الفاء للتعقيب المعنى في الزمان في عطف المفرد كجاءني زيد فعمرو وتدخل الجمل التفصيل جعل قبلها او غيره فان كانت للاول كقوله تعالى فقد سألوا موسى اكبر من ذلك فقالوا ارنا الله جهرة وناداى نوح ربه فقال رب ان ابني من اهلي ونحو توضأ

لانه مانع حقها في الجماع فيندب القاضي مناشدته في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها لجناية الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم اجمعين

فصل وجه مديد رجليه سمع الله فلا يقيد ذلك بالتعقيب بل التعقيب الذكري بان ذكر التفصيل بعد الاجمال وان كانت لغيره فكالاول كجاء زيد فقام عمرو وكل من التعقيبين جائز الارادة في الآية المبنوي بالنسبة الى الايلاء فان فاؤا اي بعد الايلاء والذكري فانه لما ذكر تعالى ان لهم من نسائهم ان يتربصوا اربعة اشهر من غير بينونة مع عدم الوطي كان موضع تفصيل الحال في الامرين فقوله تعالى فان فاؤا الى قوله سميع عليم واقع لهذا الغرض فيصح كون الراء فان فاؤا اي رجعوا اعما استمروا عليه بالوطي في المدة تعقيبا على الايلاء التعقيب الذكري او بدءا تعقيبا على التربص فان الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الفيئة التي هي توبة او غفور للحنث في اليمين ان كان برضا المرأة الغرض تحصين ولد عن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية عنه فنظر نا فاذا قراءة ابن مسعود فان فاؤا فيهن ترجح احد الجائزين وهو كون الفيء في المدة اما باعتبار ان الاصل يوافق التقييد بها او بعدها بناء على انها حجة عندنا وان ابى الخصم ورد المختلف الى المختلف فيتم اذا ثبت الاصل ولا شك ان القراءة الشاذة انما يقرأها الراوي خبرا عن صاحب الوحي قرآنا فانتفاء القرآنية لعدم الشهرة وهو التواتر انتفاء الاخص فان القرآنية اخص من الخبرية وانتفاء الاخص لا يستلزم انتفاء الاعم فدار الامر بين كونها قرآنا او خبرا عن صاحب الوحي وذلك دوران بين الحجية وضدها على وجه بينا على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها فان قيل حاصل المفاد بها جواز ان في المدة ونحن لا ننكر ذلك وانما الكلام في ان لزوم الفيء بعدها هل هو بمجرد مضيها او لا بمجرد مضيها مع وقع الطلاق فالتمكين من التفيء استثناء هو المفاد بقوله تعالى فان فاؤا فيهن فكذا دان عزموا الطلاق فكذا على عرف من التأويل لان الترديد ماخوذ في كل قسم منه نقيض الآخر اي ان عزموا الطلاق فلم يفيؤا فيها وهو لازم فانهم لو فاؤا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة ان لا يمضي المدة الثاني ان تحقق المدة تقع الفرقة فيها طلاقا بانا وعنده لا يكون التفريق الا بطلاقه او بطلاق القاضي لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم ولا وجه الذي ذكره المصر وحاصله الحاق المولي بالعنين في حكم هو الزامه بالطلاق وللاولين يشير الى انه مسموع وهو قوله تعالى فان الله سميع عليم ولا وجه الذي ذكره المصر وحاصله الحاق المولي بالعنين في حكم هو الزامه بالطلاق فان لم يفعل طلق عليه بجامع انه امتنع عن الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان والا كان موقعا من غير ايقاع والجواب قوله لا يتصور العزم عليه ولو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع بل اذا فرض وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمته على الاستمرار على الترك حتى يتم بمضي وان عزموا الطلاق وان استمروا على ذلك الترك حتى تنقضي المدة فان الله سميع بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس كما سمع وسوسة الشيطان عليهم اما استمروا عليه من الظلم وفيه معنى الوعيد على ذلك واندرج في هذا جواب الثاني وعن الاخير بان العنين ليس بظالم فاشبه التخفيف عليه ولذا كان اجله اكثر والمولي ظالم بمنع حقها فجاز ري بوقوعه بنفس الانقضاء ولا نسلم انه بلا ايقاع بل الزوج بالايلاء موقع فقد كان في الجاهلية تبين فجعله الشارع موجلا او نقول جاز ان يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق وهذا لان حقيقة الطلاق اذا رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ولفظ انت طالق الآلة التي يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ الا يرى انه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظا فلا بدان يحكم به عند ظلمه بمنعها حقها هذه المدة لا يقال كيف يكون ظالما بذلك وهو بوطية واحدة لا يطلق عليه القاضي ولا يلزمه بغير هو ليس بظالم لانا نقول ذلك في الحكم فاما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه ان يجامعها احيانا ليعفها فان ابى كان عاصيا والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك لكن بقي ان يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونقول نجوز ولكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا فان الآية دالة

وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة
فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به

فيما كون الغرم على الطلاق بالمعنى الذي قلتم لكن الظاهر منها ما قلنا والجواب ان قراءة ابن مسعود رضي الله عنه لما افادت ان لا شيء للمدة لزم انتفاء قولكم من الزامكم باحد الامرين من الفيء والطلاق فثبت ان المراد بها ما قلنا والا لزم احداث قول ثالث وهو الزامه بعد المدة بامر واحد وهو الطلاق وهذا التقرير هو محل استدلال المصنف حيث قال ولانا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة والانظاهر انه مصادرة لانه استدلال بعين محل النزاع كانه قال فجازاه بذلك بالنص وتقريره ان القراءة مفسرة بكون الفيء في المدة بقراءة اخرى الى آخر ما ذكرنا واحتج ايضا بآثار وهي ما روى الدارقطني قال ثنا ابو بكر المديوني قال ذكرت لاحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ما ذكره وهما لا يوافق مذهبنا فقال لا ادري ما هو قد روي عن عثمان خلافه قيل له من رواه قال حبيب بن ابي ثابت عن طاوس عن عثمان وبما روى مالك في الموطا عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق فان مضت الاربعة الاشهر توقف حتى يطلق او يفيء وبما روى البخاري عن ابن عمر رضي الله عنه انه كان يقول في الايلاء الذي سمى الله تعالى لا تحل بعد ذلك الا جل الا ان يمسك بالمعروف ويعزم بالطلاق كما امر الله تعالى وقال ابو عبد الله البخاري قال لي اسمعيل بن اويس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه قال اذا مضت اربعة اشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي رحمه الله ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال درکت بضع عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول توقف للمولي وقال بعضهم روى سهيل بن ابي صالح عن ابيه قال سألت اثنى عشر رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما قال ليس عليه شيء حتى يمضي اربعة اشهر فلنا آثار الاربعة الاول معارضة بالاول فبما روى عبد الرزاق ثنا معمر عن عطاء الخراساني عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وزيد بن ثابت كانا يقولان في الايلاء اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة واحدة وهي احق بنفسها وتقتدي عدة المطلقة وبهذا اولى لان سنده جيد موصول بخلاف ذاك فان حال رجاله لا يعرف الا في حبيب وهو ايضا اعضله ولا يعلم ان طاوسا اخذ عن عثمان رضي الله عنه او هو منقطع واما الثاني فيما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن قتادة ان عليا وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة وهي احق بنفسها وتقتدي عدة المطلقة وكل منهما مرسل فان راويه محمد بن علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم مرسلة وكذا قتادة وبها تعارضا ان وتوفي قتادة سنة سبع عشرة او ثمان عشرة ومائة على اختلاف الاقوال وكذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول وقال غير واحد سنة ثماني عشرة وقيل سنة اربع عشرة وقيل خمس عشرة وقيل سبع عشرة فاعد لاني هذا القدر ثم المثبت من اشتهار قتادة بتطييم الحفظ والاتقان والمحافظة على الاداء كما سمع بينة اكثر واشهر من المثبت لمجرده قال عبد الرزاق عن معمر قال جاء رجل الى ابن سيرين فقال رأيت حمامة التقمت لولوة فخرجت عنها اعظم منها دخلت ورأيت حمامة اخرى التقمت لولوة فخرجت اصغر منها دخلت ورأيت اخرى التقمت لولوة فخرجت كما دخلت سواء فقال له ابن سيرين اما التي خرجت اعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع فيجوده بمنطقه ثم يفصل فيبين مواعظه واما التي خرجت اصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويسأل واما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو احفظ الناس انتهى وفي تأويله نظر اما من حفظه واما الثالث والرابع فيما اخرجه ابن ابي شيبة ثنا ابو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما قالا اذا آلى فلم يفيء حتى مضت اربعة اشهر فهي تطليقة بائنة ورجال هذا السند كلهم اخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فيتعين معارضتها ولم يبق الا قول من قال بان اصح الحديث ما روي في كتاب البخاري ومسلم ثم ما كان على شرطهما الى آخر ما عرف وقد مناه في كتاب الصلوة انه تحكم محض لانه اذا كان المعرض ان الراوي على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يفده الا كونه لم يكتب في خصوص اوراق سقيمة ولا اثر لذلك وقول البخاري اصح الاسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه لم يوافق عليه فقد قال غيره وقال المحققون ان ذلك يتقدر الحكم به وانما يكون بالنسبة الى صحابي واحد فيقال اصح ما عن ابن عمر رضي الله عنه مالك عن نافع عن

وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لتوقعه به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحنث بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطيها والا وقعت بمضي اربعة اشهر تطليقة اخرى لان اليمين باقية لا طلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم

وعن ابي هريرة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عنه واصح اسانيد الشاميين الاوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة ض واصح اسانيد اليمانيين معمر عن همام عن ابي هريرة رض ونحو ذلك واحسن من هذا ايضا الوقوف على اقحام هذه فان في خصوص الموارد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك لئلا قد يكون الراوي للعين اكثر ملازمة للعين من غيره فيصير اوعى بحديثه واحفظ له على منه على عفى اماطة تاو از اد متونه واعلم بعادته في تحديثه وعند ليس ان كان ويقصده عند بما وارساله ممن لم يلازمه تلك الملازمة لاني وقوسعين وفرض ان غيره ممن هو شامله في ملكة النفس من الضبط او ارفع سمو منه فاتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سلم محفوظا تا يكون ذلك متقدما على روايته بمعارضته ما هو الاحفظ تحكم فان بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر الا بالملازمة واثرها الذي يزيد به على الآخر انما هو بالنسبة الى مجموع متونه لا بالنسبة الى خصوص متن وح فما بيناك بسعيد بن جبير وقد روى عن ابن عمر وابن عباس ض خلافه وا بما رواية الشافعي ه عن سليمان فحاصلها ان قول جماعة من الصحابة ض كذلك وكذا ما ذكرنا من سهيل واليمين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف بقياتهم في علو الحال والفقه كما اسمعناك عن وكيع وكون من وهب الى خلاف المروي عنهم افقه واعلى منصبا ونحن قد اخرجنا ما قلناه عن الاكابر مثل عثمان وعلي ض اما علي ض فبما مر وكذا عن زيد بن ثابت وهو من اكابرهم ومن اقدم ابن عباس رضي الله عنهم سرا بحابه حين ركب وقال هكذا امرنا ان نفعل بعلمائنا وكذا عن ابن عباس ض فيما قدمناه وكذا عن عمر بن الخطاب ض اخرج الدارقطني عن ابن اسحق حدثني محمد بن مسلم بن شهاب بن سعيد بن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن ان عمر بن الخطاب ض كان يقول وامضت اربعة اشهر فهي تطليقة وهو املك برجعتها ما دامت في عدتها وابن اسحق صرح فيه بالتحديث واخرج عبد الرزاق تنا معمر وابن عيينة عن ايوب عن ابي قلابة قال آلى الثمان من امرأته وكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال اذا مضت اربعة اشهر فاعترف تطليقة واخرج نحوه هنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن ومكحول واخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنيفة والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وابي سلمة وبهذا ترجح عام وهو ان كل من قال من الصحابة بالوقوع بمجرد المضي يترجح على قول مخالفه لانه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع لانه خلاف ظاهر لفظ الآية فلو لا انه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لانهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع واندرج في هذا من روى عنهم الشافعي رض من الصحابة وسهيل على انه ليس في اللفظ المروي لسهيل حجة لاحد الفريقين اصلا **قوله** وان كان حلف على الابد هو بان يصرح بلفظ الابد او يطلق فيقول لا اقربك مقتصرا الا ان تكون حائضا فاليمين باقية لانه ممنوع بالحيض فلا يقضي المنع ولو قال والله لا اقربك الى اليمين ولذا لا اقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل في سم المخاط يكون موليا **قوله** الا انه لا يتكرر استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما يتبادر منه يقع اخرى عند مضي اربعة اشهر اخرى اذا كانت لم تنقض عدتها بعد وبه قال ابو سهل وعليه مشى المرغيناني لان حاصل اليمين المطلقة كلما مضت اربعة اشهر لم اجامعك فيها فانت طالق ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك فكذا اذا اضمر بمزيته والمختار قول الكرخي رحمه الله لا يقع الا واحدة وعليه مشى في المبدع وتحفة الفقهاء وشرح الاسبيجابي والجامع لان وقوع الطلاق جزاء الظلم وقد تحقق في الاول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد الايلاء وتحقق ملكه بالوقوع عند مضي الاشهر جزاء الظلم وليس للبائنة حق الوطء فلا ينعقد الايلاء ثانيا ابتداء في حقها فلا يلزم حكم اليمين بخلاف ما لو آلى حال قيام النكاح ثم ابانها تبين ثم مضت مدة الايلاء وهي في العدة وقت وقع الثانية لصحة الايلاء لصدوره في حال تحقق ظلمه فيكون وضع مدته لتعليق البائن والبائن المعلق تحقق البائن المنجز في العدة على ما استظهره في الدراية وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول ابي سهل انه كقوله كلما مضت اربعة اشهر

ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثانيا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها بينونة فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التخيير الخلوة فيه وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رض لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين

فانه طلاق وذلك لان قوله بعد لا اقربك اربعة اشهر انما صار منتزلة قوله اذا مضت اربعة اشهر فانت طالق اذ النفي ايلاء شرعا استقبالا لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر والانقياد ايلاء انما يكون حالا لكونه ظالما لان ذلك الحكم هو جزاؤه فاذا لم يكن ظالما كان الثابت بحرف اليمين عليه ترك قربانها وهو اعم من الايلاء فلا يستلزمه فيبقى يمينا دون ايلاء فلا يصير كلما مضت اربعة اشهر فانت طالق فيفرق عليه حكم اليمين المجبرة وهو الكفارة بالوطء كما لو قال لاجنبية والله لا تزوجتك ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت اربعة اشهر لا تطلق ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا ولذا قلنا اذا تزوجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلث بواسطة تكرر النكاح في الايلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطئ وان لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطئ قوله ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج اطلق في ذلك فكذا في الكافي وقيد في النهاية والغاية تبعا للتمر تاشي والمرغيناني بما اذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فاما ان كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق ومثله لو الى من زوجته موبدا ثم طلقها واحدة بائنة لابطال الايلاء فان مضت اربعة اشهر وهي في العدة وقعت عليها طلقة وان مضت بعد انقضائها لا يقع شئ وان تزوجها بعد الانقضاء عاد الايلاء ويبتدئ ابتداؤه من التزوج فلا يحتسب بما مضى قبله فلو تزوجها في العدة احتسب به تأمل فتح شرح الكنز وهذا لا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق المكرر قبل التزوج وقد بينا ضعفه انتهى قلت الاولى اعتبار الاطلاق كما في الهداية قوله لتقييد طلاق هذا الملك لان الغرض منه المنع وانما يحصل بطلان حل نحو الخلع بطلانه ولا يخفى بطلان حل سيوجد جديد بعد التزوج بغيره لانه غالب العدم على ان قد منا في مسئلة التخيير وهو اذا علق طلاقها بالدخول ثم لاثم بر الثلث فتزوجت بغيره ثم اعادها فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فعنده فرع تلك وفيه خلاف زفر كذلك كذا الولوالجي من زوجته ثم طلقها ثلاثا قبل الايلاء حتى لو مضت اربعة اشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر ولو تزوجها بعد زوج آخر في الايلاء الموبد لا يعود الايلاء خلافا لهما بالايلاء مرة او مرتين فتزوجت بغيره ثم عادت اليه عادت بثلاث تطليقات وتطلق كلما مضى عليها اربعة اشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة الهدم وقد مرت قوله فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا وقال به الائمة الاربعة واكثر العلماء وقالت الظاهرية والنخعية وقتادة وحماد وابن ابي ليلى واسحق يصير موليا في قليل المدة وكثيرها فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة لاطلاق الآية في ذلك فان لم يقيد الايلاء بكونه على اربعة اشهر فصاعدا بل خص بالاربعة مدة التربص واطلق الحلف وكان ابو حنيفة رح اولا يقول به ثم رجع الى قول ابن عباس رض لما صح عنده سواء كلاهما اخرج ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول عن عطاء عن ابن عباس رض قال اذا آلى من امرأته شهرا او شهرين او ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بايلاء واخرج البيهقي عنه قال كان ايلاء الجاهلية السنة والسنتين واكثر من ذلك فوقت الله عز وجل اربعة اشهر فان كان اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء واخرج ابن ابي شيبة نحوه عن عطاء عن طاوس وسعيد بن جبير والشعبي ولا شك ان ظاهر الرواية كقول من قال بانه ايلاء والمعول عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا فان قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن يبقى فيه انه زيادة على النص اذ هو تقييد الاطلاق الحلف في كونه ايلاء فلا يجوز الا ان يكون فيه اجماع من الصحابة والمعنى الذي ذكروه وهو ان المولي لا يقدر على القربان في اقل من اربعة اشهر الا بشبه يلزمه وهذا ليس كذلك فرع كون اقل المدة اربعة اشهر والا فنحن لا نقول بقوله اذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بها فاثبات كون الاقل اربعة اشهر مصادرة قوله وان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع الخ قيل هو بناء على انه اراد بالاقل من اربعة اشهر فان موضع المسئلة في الاصل اذا حلف لا يقربها شهرا او الاقل من اربعة لا يستلزم كون الامتناع الا في بعض المدة مطلقا الا في اكثر ما يجوز كون الحالف على ثلاثة اشهر وقيل لفظ اكثر مقحم وبعد ذلك لتقريب ظاهر وقيل اراد بالاكثر تمام المدة اربعة اشهر سماها اكثر لانها اكثر من المدة المحلوف عليها الا اشكال لان المانع غير موجود في جميعها في جميع صور الحلف على اقل من اربعة اشهر واستضعفه في الكافي قال وانما يصح ان لو قال في اكثر المدتين انتهى ووجهه ان افعل التفضيل يلزم في اضافته الى شئ كونه بعض ما اضيف اليه وكذا استنبع يوسف رح احسن اخوته وخواص البشر افضل الملائكة وليس الاربعة الاشهر التي هي المراد بالاكثر

وشهرين بعدهذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما فعرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لاقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

بعض المدة المضاف اليها لاستحالة كون الاربعة بعض ما هو اقل منها فلزم في صحته ان يقول اكثر المدتين يعني المدة المحلوف عليها ومدة الايلاء هي اربعة اشهر بدتان والثانية اكثرهما ولا اشكال في انه لو قال في بعض المدة كان احسن واسلم قوله وشهرين بعد هذين اشهرين الى اخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيدا في حكم المسئلة الاولى بل قيد في الثانية فقط ولفظ يوما في الثانية ليس قيدا اذ لا فرق بين مكثه يوما او ساعة وقيل بكر به اليمين في مجالس ومجالس بينهما اقل من يوم يجب عند ابي حنيفة رح وابي يوسف فقيد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان اثبات المذهب نصوا على ان قوله والله لا افعل كذا والله لا افعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف وانما حكى في قوله والله والله لا افعل كذا ذكر وان الظاهر الرواية انها يمينان وفي نوادر ابن سماعة يمين واحدة في المنتقى جعل كونها يمينين قياسا وكونها يمينا واحدة استحسانا وفرع في الدراية في آخر الباب من غيران يعزوه قال والله لا اقربك مرارا في مجالس واحد تتعدد الكفارة ويطلق ثلثا يتبع بعضها بعضا قياسا قال وهو قول محمد وزفر واحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الاشهر ولو قال في الثانية بعد يوم والله لا اقربك شهرين لم يزد على ذلك لم يكن مولي ايضا لكن لا لما في الكتاب بل لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الاولى بيوم واحد وبساعة بحسب ما فصل بين اليمينين فالحاصل من حلفيته الحلف على شهرين ويوم او ساعة على حسب تفاصل والاصل في جنس هذه المسائل ان الايلاء يوجب طلاقا في البر وكفارة في الحنث وانه لا تلازم بين كونه ايلاء ويمينا كما قدمنا فلذلك قد تتعدد البر والحنث وقد تتحدان وقد تتعدد البر وتتحد الحنث وقد يعكسه وتتعدد البر يتعدد المدة لانه يتعدد الايلاء وهو يتعدد الظلم وهو يتعدد ومدة المنع ومالم يجب تتعدد بها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين وتتعدد اليمين بتعدد اسم الله او تكرار حرف لا داخلة على المدة ومن زاد السكوت لم يحتج اليه لان الاسم الكريم بتكرر بعد السكوت ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد ومن تعدده في التجريد عن ابي حنيفة رحمه الله اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجالس والمجالس سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة او عمرة ليتقيم مثال تعددها اذا جاء غد فوالله لا اقربك اذا جاء بعد غد فوالله لا اقربك اما انها يمينان فلتعدد الذكر واما انها ايلاء ان فلتعدد المدة فان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بر في الاولى وبانت فاذا مضى يوم آخر بر في الثانية وطلقت ايضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وان اطلق لزومها في الكافي ولو قربها في الغد لزمته كفارة لان الغد لم ينعقد عليه الايمين واحدة وتتعدد الكفارة بتعدد اليمين ونظيره في النوازل قال والله لا اكلمه يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة ففيه ثلاثة ايمان وان كلمه بعد الغد ففيه يمينان وان كلمه بعد شهر ففيه يمين واحدة فان كلمه بعد سنة فلا شئ عليه ومن تعددها والله لا اقربك اربعة اشهر والله لا اقربك اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر واخرى لا اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر الا انه تتعدد وتتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور في قربان واحد كفارتان وهذه نظير مسئلة الهداية في عدم تداخل المدتين اعني قوله والله لا اقربك شهرين ثم بعد يوم والله لا اقربك شهرين بعد هذين الشهرين فانه ليس بايلاء كما ذكر ولكن تتداخل المدتان فلو قربها في الشهرين الاولين لزمته كفارة واحدة وكذا في الشهرين الاخيرين لانه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة وقد توارد شروح الهداية من النهاية ومختصرها وغاية البيان على الخطاء عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره فلو قربها في الاربعة الاولى لزمته كفارة واحدة وكذا

لم يكن موليا لان الطلاق يغلب بيتونة وقد صار ممنوعا بعد الاولى شهر بيد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه قدر ثلاثة اسداس مدة المنع وقد قال والله لاقربنك سنة الا يوما ولم يكن موليا خلافا لزفر وهو يصوم الاستثناء الى آخره اعتبارا بالاجارة فقدت مدة المنع وكان لمولى من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بقدر يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم من سنة بخلاف الاجارة لان التصرف الى آخر لتصحيحها فانها لا تتم مع التنكير وكذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر

في الاربعة الثانية ولو كان الطلق فقال والله لا اقربك ثم بعد ساعة وصاحدا قال والله لا اقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة تلزمه ثلاث كفارات للتداخل في المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بطلقة وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين باخرى اذا كانت في العدة وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بخلاف بخلاف ما مضى في الكتاب في تابيد اليمين فان الايلاء ثم هناك تنزل متعاقبة بواسطة تابيد اليمين الواحدة فيما الخلاف في انه هل ينعقد الايلاء الثاني في العدة اولا ومن شرطه قال لا يبتدأ الايلاء الا في حال يكون بالمنع ظالما اما ههنا فالايلاءات الثلاثة صح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على تمام النكاح ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة الا اذا تزوجها فيقع بحكم تابيد اليمين اذا مضت اربعة اشهر من وقت التزوج ومثال اتحادها والله لا اقربك بعد اربعة اشهر او لا اقربك شهرين وشهرين وفي الكافي نظيره كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا اقربك فكلمتهما معا وليس للتقييد بذلك فائدة فان بتكليمهما معا لم تحل اليمين بل لو كلمت احدهما بعد ما يثبت الايلاء فانه ظاهر كون هذا من حلوف تعذر اليمين فان علة التعدد فيما بعد هذه بعينها في هذه ومثال تعدد البر واتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لا اقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم آخر فان قربها تجب كفارة واحدة وان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بانت بطلقة فاذا مضى يوم آخر بانت باخرى واذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة وفي هذا المثال نظر لان الحالف بالله وقع جزاء الشرط المتكرر فيلزم تكرره ولا يشكل بانه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى والا لزم ان لا حلف عند الشرط الاول ايضا ومع ذلك ثبت الحالف عنده ولعله اشتبه بوالله كلما دخلت لا اقربك كلما دخلت فوالله لا اقربك كذا لو قال كلما دخلت الدار فانت طالق ثلثا ان قربتك بتعذر برا وكلما دخلت فعقدت مدة يقع بمضيها واحدة بائنة ولا يتصور حنثه الا مرة واحدة لتعذر وقوع شئ آخر بعد الثلث ونحوه كلما دخلت فعبدي حران قربتك سواء ومثال اتحاد الايلاء وتعدد اليمين اذا جاء خذ فوالله لا اقربك ثم قال في المجلس اذا جاء خذ فوالله لا اقربك فهو ايلاء واحد في حكمه البر حتى لو مضت اربعة اشهر من الغد طلقت وان قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لا اقربك والله لا اقربك اربعة اشهر من غير ان يزيد لفظ آخر او نحوه واعلم ان هذه خلافية وصورتها في الخلافيات لو قال والله لا اقربك والله لا اقربك والله لا اقربك في ثلث مجالس فكل من اليمين والايلاء ثلاثة وان كان في مجلس واحد فان اراد به التكرار فاليمين واحدة والايلاء واحد وان لم ينو شيئا او اراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالايمان ثلاثة اجماعا والايلاء ثلاثة قياسا وهو قول محمد حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين باخرى ثم باخرى الا ان يكون غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفي الاستحسان وهو قولهما الايلاء واحد ولا يقع الا واحدة ويجب بالقربان ثلث كفارات لان الشرط الواحد يكفي لايمان كثيرة ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الايلاء

قوله لم يكن موليا اي في الحال لانه يكون موليا اذا قربها وبقي بعد يوم القربان اربعة اشهر فصاعدا الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك القربان اربعة اشهر وقعت تطليقة **قوله** اعتبارا بالاجارة وهو ما اذا قال اجرتك سنة الا يوما ينصرف اليوم الى آخر السنة وكذا اذا قال في الصورة المذكورة سنة الا نقصان يوم يكون موليا صرفا له الى الآخر بما اذا اجل الدين **قوله** ويمكنه ههنا لان المستثنى

صار مولياً لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وما ثمة بها لم يكن مولياً لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج أو بصوم وبصدقة أو بعتق أو بطلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية سائغة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبد

يوم منكر فيصدق على كل يوم من أيام تلك سنة حقيقة فيمكنه ان يطأها قبل مضي اربعة اشهر من غير شيء يلزمه اعتبارا باليوم الوطي المستثنى بخلاف ما قاسا عليه فان اليمين لكون اليوم المستثنى آخر سنة ليس الا لفظة بل لتصحيح الاجارة فانها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقته حتى يصير شائعا في السنة لا يتبين مدة الاجارة والنقصان ينصرف الى الاخير وكذا المقصود من تأجيل الدين تأخير المطالبة فتعين بدلالة الحال والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا اكلم زيدا سنة الا يوما ينصرف الى اليوم الاخير وجواب صاحب النهاية بان اليمين الحاصل وهو المنافية المقتضية لعدم كلامه من الحال شطر منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء ايضا يكون عن المنافية **قوله** صار مولياً لسقوط الاستثناء مع ان الباقي من سنة مدة الايلاء ولو طلق بان قال لا اقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما اقربك فيه لا يكون موليا ابدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه لا يكون ممنوعا ابدا وكذا لو اطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة فمضت اربعة اشهر ولم يقربها فيه فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت اربعة أخرى لم يقربها فيها وقعت أخرى فاذا تزوجها فمضت اربعة أخرى لا يقع لان الباقي بالضرورة اقل من اربعة اشهر **قوله** ولو قال وهو بالبصرة اذا حلفت لا اقربها في مكان معين هي فيه وزمان معين هو في غيرهما ان كان بينهما قدر اربعة اشهر كان موليا على ما فرع قاضي خان والمرغيناني فانهما قالا لو كان بينهما مسيرة اربعة اشهر فصيه باللسان ولم يعتبروا امكان خروج كل منهما الى الآخر فيما بقيان في اقل من ذلك وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر ان يكون بينهما ثمانية اشهر فانه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخلها وكان بينهما اقل من ثمانية اشهر لا يصير موليا لجواز انهما يخرجان فيلتقيان في اقل من اربعة اشهر فيقربها وان كان بينهما اقل من ذلك لم يكن موليا عند الائمة الاربعة الا في رواية عن احمد وهو قول ابن ابي ليلى فانه يكون موليا فان تركها اربعة اشهر بانت تطليقة وينبغي ان يصير موليا على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الايلاء اذا حلف على اقل من اربعة اشهر ابن ابي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لا اقربك الا في المحرم وهو في شوال او حتى تقطعي والدك الى مائة الفطام اقل من اربعة اشهر والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من ان المولى من لا يمكنه القربان في الاربعة شهر الا شيء يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هناك ان هذا فرع كون اقل مدة ينعقد الايلاء بالحلف عليها اربعة اشهر وبالضرورة انهم لا يلتزمون ذلك الا ان يجعل هذا اصلا مجهدا في مذهب المالكيين بعد ثبوت عدم انعقاده لاقل من اربعة اشهر بدليل من اقوال الصحابة فتعلل الاحكام المذهبية لا عند قصد الاثبات على المخالف ثم اورد على هذا الاصل ما لو قال والله لا اقربكن لاربع نسوة فلانه مول فاذا تركهن في المدة طلقن ولو قرب ثلاثا منهن لا يلزمه شيء فثبت ان امكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الايلاء واجيب بما حاصله ان الايلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون موليا منهن وعدم لزوم شيء عند عدم الحنث لان الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن والموجود قربان بعضهن وحاصل هذا التخصيص اطراد الاصل بانا اذا حلفنا على واحدة بادرة في تأمل **قوله** ولو حلف بحج الخ بان يقول ان قربتك فعلي حج او عمرة او صدقة او صيام او هدي او اعتكاف او يمين او كفارة يمين او فانت طالق او هذه لزوجة اخرى او فعبدي حر او فعلي عتق لعبد منهم فهو مول اما لو قال فعلي صوم هذه الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى ان يمضي ذلك ثم يطأها بلا شيء يلزمه بخلاف قوله فعلي صوم يوم ولو قال فعلي اتباع جنازة او سجدة تلاوة او قراءة القرآن او الصلوة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول ونقل في الصلوة خلاف محمد فعنده يكون موليا لانه مما يلزم بالنذر وتقدم اول الباب ما يجاب به عنه وتجب صحة الايلاء فيما لو قال

وفيه خلاف ابي يوسف رح فانه يقول يمكنه البيع بثمن القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع للمانعية
فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق ضاجعتها وكل ذلك مانع وان آلى من المطلقة الرجعية
كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من
نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال لاجنبية
والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا

فعطا مائة ركعة ونحوه مما يشق عادة وكذا خلافه ثابت في مسئلة النذر والذي ذكرناه اول الباب فان قلت ينبغي في الصلوة في بيت المقدس
ان يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالحج قلنا نعم لو لزم من نذر الصلوة في بيت المقدس ان لا يسقط الا بالصلوة فيه
لكن المذهب ان له ان يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف ولو قال فعلي ان اتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم او مالي
هذا في المساكين لا يصح الا ان ينوي التصدق به ولو قال فكل مملوك اشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لابي يوسف رح
وهو رواية عنهما وكذا لو قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق ليصير موليا عندهما خلافا لابي يوسف رح ولو قال كل امرأة اتزوجها من
اهل الاسلام لا يصير موليا وعلى هذا لو قال لا اقربك حتى اعتق عبدي او حتى اطلق فلانة او حتى اطلقك ليصير موليا عندهما خلافا له لانه
يمكنه القربان بلا شيء بان لا يشتري عبدا ولا يتزوج وبتقديم الغاية قلنا فلم يمكنه الا بضرر لازم اذ اللزوم لاجل قربانها كاللزوم به
واعلم ان الاصل انه متى جعل لعينه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا اقربك حتى تطلع الشمس من مغربها او حتى يخرج يأجوج ومأجوج
او ينزل عيسى عليه السلام او حتى يخرج الدجال او الدابة فهو مؤول استحسانا بناء على الظاهر وان احتمل القرب وقت التكلم به وكذا اذا كانت الغاية
لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى اموت او تموتي او افترقا او تقتليني او اموتي وان كانت توجد في المدة لكنه تصلح جزاء نحو حتى اعتق عبدي او اطلق فلانة
كانت موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد عرفت الوجه **قوله** وفيه خلاف ابي يوسف اي في ثبوت الايلاء لا بالحالف يعتق عبد المعين فان ضمير فيه يعتق عبدا
وهو المعين لا المبهم فان تعليله لا يتم فيه **قوله** البيع موهوم اي هو غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين وقد لا تجد مشتريا في المدة فيقتضي قبل
وجوده بخلاف الاخراج من الكوفة لانه مقدور له وهو وان توقف على امتناعها ايضا لكن امتناعها واجب لوجوب طرق ليوجد بخلاف امتناع المشتري واذا كان
موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد سقط الايلاء لانه صار بحال يمكنه قربانها بغير شيء ولو ملكه بسبب شراء او غيره
عاد الايلاء من وقت الملك ان لم يكن وطيها قبله فان كان وطيها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء
لقدرته على الوطء لغير شيء وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها او ابانتها ثم تزوجها **قوله** وان آلى من المطلقة الرجعية كان
موليا باتفاق الائمة الاربعة بخلافه من البائنة وان كانت من ذوات الاقراء فلاحتمال امتداد طهرها وان كانت تعتد بالاشهر الثلاثة
فلاحتمال رجعتها فينقضي الايلاء مقيدا الى ما بعد الرجعة فان لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال
الزوجية بالمطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة وعلى قولنا من حيث انها لا حق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالما والجواب ان العبرة
في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص والمطلقة الرجعية كانت من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل الزوج
حقيقة على ما سلفناه في اول باب الرجعة فكانت المراة من نسائه فيشملها النص للايلاء الا ترى انه يثبت الايلاء وان سقطت حقها في الجماع لخوف
النفيل على ولد او غيره فعلم ان التعليل بالظلم باعتبار انباء الاحكام على الغالب بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينبغي كونها من نسائنا
وقيل انما لم تكن موليا من البائنة لان الايلاء تعليق طلاق بائن على مضي المدة بلا قربان والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا
معلق يعني اذا كان التعليق بعد الابانة لما قدمنا من انه اذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق وهذا العصر يقتضي انه لو لا هذا
لصح الايلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا والحق ان مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الايلاء منها وهو عدم الزوجية

لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها اكثر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه وحده
ايلاء لامة فهي ان حنث وحده ضربت اجلا للبينونة فتنصف بالرق كعدة الحرة وان كان المولى رضيا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او مغيرة
لانجامع وكانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء

فالاسناد اليه اولى ثم لا يخفى ان تخلف العلة في محل واحد لنقض الاالمانع فالحق ان هذا النظم حكمة ونفس الايلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائما قوله
لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية وهي كونها من نسائنا في الايلاء والظهار قال الله تعالى والذين يولون من نسائهم وقال تعالى
والذين يظاهرون من نسائهم فلا بد من كونها محلا وقت التكلم بالايلاء والظهار لا وقت وجود شرطهما لما عرف في باب الايمان بالطلاق ان الاضافة
الى سبب الملك صحيحة وكذا في الايلاء والظهار واذا قال ان تزوجتك فوالله لا قربتك وقع صحيحا وكذا ان تزوجتك فانت علي كظهر امي الا انه لا ينعقد الايلاء او
الظهار لاعقيب التزوج بها لانها اذ ذاك تصير محلا لا قبله ولان الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها
قوله اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الوطي لان انعقاد اليمين يعتمد القصور عسا لا شرعا الا ترى انها تنعقد على ما هو معصية قوله
لمدة العدة اي في الطلاق الرجعي فيتنصف بالرق لانه من حقوق النكاح وعند مالك والشافعي رح تستوي مدة ايلاء الحرة والامة والقياس
على مدة العدة بجامع كونها تربص هذا اجل للبينونة كالعدة مرفوع فان البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة وايضا تربص العدة
للخطر وتعرف الفراغ فهو الموثر وهو منتصف في تربص الايلاء قالا وجه الاستواء العموم نص الايلاء لان الامة من نسائنا ولان ضربها ايلاء
لعذر الزوج وفرقها جريا على عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة فاخرت عقوبته الدنيوية لظلمه الى انقضاء اربعة اشهر وهذا المعنى
لا يختلف في الحرة والامة قوله وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع لا فرق بين كون عدم القدر للمرض او للعيب كما انه في حقها
لا فرق بين كون المانع مرضها او الرتق او القرن وبين الناس من منع ايلاء المجبوب ومن الرتقاء والقرناء لانه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم وجوابه
ما قلنا في المطلقة الرجعية ولان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص وذلك باطل وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها او قرنها او صغرها
او بالجب او العنة او كان اسيرا في دار الحرب او لكونها ممتنعة او كانت في مكان لا يقدر فيه وهي ناشزة او بينهما اربعة اشهر او حال القاضي
بينهما بشهادة الطلاق الثلاث ففيئته باللسان بان يقول فئت اليها او رجعت عما قلت وراجعتها او ارتجعتها او ابطلت ايلاءها واختلف في
الجب صح الفيء باللسان بسببه في البدائع وفي شرح الطحاوي وهي الاولى وهي مجبوبة او هو مجبوب او كان بينهما اقل من اربعة
اشهر الا ان السلطان يمنعه او العدو لا يكون فيئته باللسان وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي ووفق محل ما في الكافي
وشرح الطحاوي على امكان الوصول الى المسجون بان تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر على شرف الزوال والحبس
بحق لا يعتبر في الفيء باللسان وبظلم يعتبر وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض قيل نعم حتى ان صدقته كان فيئا وقيل لا وهو
اوجه ثم هذا اذا كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان تمضي اربعة اشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فمكث قدر ما يمكنه جماعها ثم عرض
له العجز بمرض او بعد مسافة او حبس او اسر ونحو ذلك او كان عاجزا حين آلى وجواز العجز في المدة لم يصح فيئته باللسان خلافا
لزفر في غير الاخيرة قال العجز ثابت وهو الدار قلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الاضرار فلا يكون فيئته الا بايفاء حقها
بالجماع بخلاف ما اذا استوعب العجز المدة لانه لم يكن لها حق فيها فكان ظالما في الايلاء باذى اللسان ففيئته الذي هو
توبته بتطييب قلبها به لان التوبة على حسب الجناية ولو آلى ايلاء موبدا وهو مريض بانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض
فقاربها لم يصح عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وصح عند ابي يوسف رح وهو الاصح على ما قالوا لان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض

وقال الشافعي رحمه الله لا فئ الا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي لأنه لو كان فيئا لكان حنثا وكفارته أداها بذكر المتروك فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان والإثم لم يقع بالحلف لا يجامعها بالطلاق وقد زال بالجماع فيزول ذلك الفيء وصار بمنزلة الجماع لأنه قد زال على الأصل قبل حصول المقصود بالحلف ولنا قوله تعالى فإن فاءوا فيهن غفور رحيم سمى الترك فيئا فمن ذكر قال لأنه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لأنه يمين ظاهرا وإن قال أردت بالطلاق في تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلث وقد ذكرنا في الكنايات وإن قال أردت الظهار فهو ظهار وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقالا ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو لكن فيه وكما أنه طالق المحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وإن قال أردت التحريم أو لم ترد به شيئا فهو يمين يصير به موليا لأن الأصل في تحريم الحلال أما شوميين عندنا وسنذكره في الإيمان إن شاء الله

وفي زمان العصمة هي مبانة لا حق لها في الوطء فلا يعود حكم الإيلاء فيه وهما يقولان ذلك بتقصيره منه فإنه كان يمكنه الفيء باللسان قبل مضي المدة والبائن ولو كان الماضي شرعيا بأن كان محرما وأتى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعدا فالفيء بالجماع وعند زفر باللسان وهو رواية عن أبي يوسف لأن الإحرام مانع من الجماع شرعا فيثبت العجز فكان فيئة باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقي وهو منتف وهذا لأنه بالتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا قوله وقال الشافعي رحمه الله لا فئ الا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي لأنه لو كان فيئا لكان حنثا وضعف هذا لا يخفى على من له شمة لأنه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره فإن أراد بقوله لو كان فيئا لكان حنثا لأن الفيء لا يكون الا بالجماع فلو كان فيئا لكان بالجماع فكان حنثا لزم صريح المصادرة والنص هو قوله تعالى فإن فاءوا فإن الله يوجب تعيين كون الفيء الجماع لأن معناه وإن رجعوا عن عزمهم ذلك على الظلم وذلك يحصل بارضائها بالجماع وبارضائها بالقول وعدم الجماع عند عجزه وهي مشاهدة للعجز وذلك فلا يتم ما قالا والحق أن مذهب الشافعي ومالك وأحمد كقولنا ولو وطيها بعد الفيء باللسان في مدة الإيلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لأن يمينه باقية في حق الحنث وإن بطلت في حق الطلاق قوله وصار فيئة بالجماع حتى لو لم يجامع حتى تمت المدة وقع الطلاق وهذا لأن المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الأصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم الحلف كالمتيمم إذا رأى الماء قوله سئل عن نيته هذا هو المذكور في كتب محمد رحمه الله وهو جواب الرواية لأن بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية وهو قول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وابن مسعود وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم وعن علي وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبي ليلى ومالك أن الحرام ثلث الا أن مالكا قال ينوي في غير المدخول بها وروي عن علي رضي الله عنه التوقف وفيه نحو أحد عشر مذهبا غير ما ذكرنا قوله لأنه نوى حقيقة كلامه أو حقيقة وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذبا وعن هذا قال مسروق والشعبي في التحريم أنه كتحريم قصعة من ثريد ليس بشيء واو ردلو كان حقيقة كلامه لا تصرف إليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف إلى اليمين والجواب أن هذه حقيقة أولى فلا تنال الا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار وقيل لا يصدق في القضاء وقال شمس الأئمة السرخسي بل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يمين ظاهرا لأن تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك إلى أن قال تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فلا يصدق في القضاء في نيته خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكره والأول قول الحلواني فظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث قوله الا أن ينوي الثلث ولا تصح نيته الثنتين الا في الأمة خلافا لزفر والمزهري هم في الكنايات وهو التفصيل فيبين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق أولا ولو طلق امرأته طالقا ثم قال أنت علي حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء ولو نوى الثلث وقعت ثنتان فكملت الثلاث قوله وإن قال أردت الظهار فهو ظهار وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف كذا ذكره القدوري وليس مذكورا في ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي وإنما نقله شمس الأئمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد وجه قوله إن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو منتف وفي جوامع الفقه نقل عن محمد أنه ظهار إذا نوى الظهار على ما عرف النقل به عنه قوله ولهما أنه أطلق الحرمة الخ حاصله أن الحرمة أعم من الحرمة التي هي ظهار أو لا والأعم يحتمل المخصوصيات فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء قوله وإن قال أردت التحريم أو لم ترد به شيئا فهو يمين يصير به موليا ونص في الجامع أنه خلاف قول محمد حيث قال فإن نوى اليمين أو لم ينو شيئا

ومن المشائخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم بالصواب

كان يمينا ويتصرف الى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته الا بالنية كذا قال محمد وعن مشائخ بلخ تدخل امرأته بلا نية فتبين وصحح في هذا الزمان وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها قال نعم وكذا حلال المسلمين ثم على قول محمد اذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب من اليمين فحنثت اي ذلك وجد فاذا تناول شيأ من الطعام والشراب حنث وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب من امرأته بعد ذلك لا يحنث ولا فرق بين ان يتناول قليلا او كثيرا بخلاف ما اذا حلف لا يأكل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لا يحنث ما لم يستوف جميعه وكذا لا يدخل اللباس الا بالنية اذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين **قوله** ومن المشائخ هم المتأخرون لما ظهر من العرف في ذلك حتى لو قال لامرأته ان تزوجتك فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به الا الرجال ولو قالت هي انا عليك حرام كان يمينا وان لم تنو فلو مكنته نشئت وكفرت فصار كما اذا تلفظ بطلاقها غير ناو تطلق للصراحة والعرف هو الموجب للثبوت الصراحة وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق في القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى قال الاستاذ ظهير الدين المرغيناني لا اقول لا يشترط النية لكن تجعل ناويا عرفا ولا فرق بين قوله انت علي حرام او حرمتك علي او لم يقل علي او انت محرمة علي او لم يقل علي او انا عليك حرام او محرم او حرمت نفسي عليك ويشترط قوله عليك في تحريم نفسه فلو لم يقله لا تطلق وان نوى الطلاق بخلاف نفسها وقوله انت مني في الحرام بمنزلة قوله انت علي حرام وفي الفتاوى لو قال لامرأته انت علي حرام او حلال الله علي حرام فهذا على ثلاثة أوجه اما ان كانت له امرأة او اربع او لم يكن له امرأة ان كان به واحدة فقد ذكرنا وان كان له اربع طلقت كل واحدة تطليقة وان لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين وعلى فتوى الاوجندي والامام مسعود الكسائي يقع واحدة وعليه البيان قال في الذخيرة والخلاصة هو الاشبه وعندي ان الاشبه ما في الفتاوى لان قوله حلال الله او حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق فان حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما في قوله احد ممن طالق وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا ولو قال ان فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال لامرأة اخرى ان فعلت كذا فحلال الله عليك حرام ففعل احدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر قال الامام ظهير الدين ينبغي ان يقع كما لو قال معلقا دون الاول **فرع** وقع تعلق بالايلاء لو قال لا قربتك ما دامت امرأتي فابانها ثم تزوجها لم يصر موليا ويقربها بلا حنث ولو قال ان قربتك فعلي ان احج ولدى صح الايلاء خلافا لزفر بناء على انه يلزم بنذر فرج الولد فرج شاة عندهم ولا يلزمه شيء عندنا عند زفر ومالك يوجب فيه نحر جزور وروي عن ابي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي رح وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو حنث الموطوءة سقط الايلاء ولو قال لنسائه الاربع والله لا اقربكن يكون موليا من كلهن حتى لو مضت اربعة اشهر بين جميعا وقال زفر لا يكون موليا ما لم يطأ ثلاثا منهن لان الحنث انما يقع اذا وطئ الكل فتقربان الثلث يكنه ليحنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة فكأنه قال ان قربت ثلثا منكن فوالله لا اقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بهن كلهن فيكون موليا عليهن فلما لم يوجد وطء جميعهن لا يتحقق الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى وطء كلهن لا الى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرط وطئها ولو قال لهن والله لا اقرب احدا منكن جعلناه موليا من واحدة وقال زفر موول من الاربع حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقرب احدا منهن بانت

فهو

طوالق

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدى نفسها منه بمال يخلعها به

واحدة على الزوج ان يعينها وعنده بين كلهن لان قوله احدكن وواحدة منكن سواء ولو قال لاقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا فكذا اذا قلنا احدكن لانه معرفة ولذا لا يصح ان يقال لكل احد انهن على درهم واما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم ولذا صح لكل واحدة على درهم ولو قال لزوجته والله لا اقربك احد عشر شهرا فمضت المدة بانت واحدة واليه البيان ولو بين قبل المدة لا يصح كما لو علق طلاق احداهن بمجيء الغد وتين قبل الغد واذا بين بعلامة تعينت وتعينت البائنة ثم مضت اربعة اشهر اخرى فعند ابى يوسف لا تبين الاخرى وكذا اذا لم يبين وقالا تبين لان اليمين باقية ما لم يحنث ولما زالت مزاحمة الاولى بالبيان تعينت الاخرى للايلاء كما لو ماتت احداهما ولانه آل من احداهما لا منهما واحدة هنا ليست نكرة حتى تعم لانها مضافة وتعينت فلا تبين الاخرى وفى المحيط لو قال انتما على حرام يكون موليا من كل واحدة منهما وبحنث بوطيهما ولو قال والله لا اقربكما لا يحنث الا بوطيهما والفرق ان هتك حرمة اسم الله تعالى لا تتحقق الا بوطيهما وفى قوله انتما على حرام صار ايلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود فى كل منهما ولو آلى ثم ارتد ثم اسلم ثم تزوجها يكون موليا عند ابى حنيفة رح وروى ابو يوسف عنه انه يبطل ايلاءه واذا اختلفا فى الفئ مع بقاء المدة فالقول له لانه يملك الفئ وبعد مضى المدة فالقول لها لانه ادعى الفئ فى حالة لا يملكه فيها والله الموفق

باب الخلع هو لغة النزع خلع ثوبه وفعله ومنه خالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه بمال وخالعها وتخالعا صيغ منها المفاعلة لافادة الملابسة كل لاخر كالثوب قال تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن وفى الشرع اخذ المال بازاء ملك النكاح والاولى قول بعضهم ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوى والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم ازالة ملك النكاح يبدل ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فيه ويبدل فيما يليه فالصحيح ازالة ملك النكاح يبدل بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل فى حكمه من وقوع البينونة لا مطلقا والاجرى فيه الخلاف فى انه فسخ وفى سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف ولو قيل انه بالمفهوم الشرعى خاصة قات المفهوم اللغوى لان النزع مطلقا اعم من كون متعلقه امرا حسيا او معنويا كقيد النكاح بمقابلة شئ او لا لم يبعد ولا يأبى ذلك النقل كما غلط من جعل اصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقة فى مطلق مسمى الاصول لغة لان تخصيص الاسم بالاخص بعد كونه للاعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا وصفته انه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى احكام اليمين من جانبه واحكام المعاوضة من جانبها عند ابى حنيفة وعندهما هو يمين من الجانبين وستاتى ثمرة الخلاف **قوله اذا تشاق الزوجان** اى تخاصما وخافا اى علما كقوله ولا تدفنى فى الفلاة فانى اخاف اذا مامت ان لا اذوقها اى اعلم وحدود الله تعالى ما حدوه من الواجب التى امر ان لا تجاوز وبهذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لانه شرط معتبر المفهوم وهو مشافتهما كذا قيل وقد يقال جواب المسئلة فى كلام القدورى الاباحة فانه قال فلا باس ان تفتدى نفسها منه بمال واباحة الاخذ منهما مشروط بمشافتهما فهو معتبر شرطا فى ذلك **قوله فاذا فعلا ذلك** وقع الخلع تطليقة بائنة ولزمها المال هذا حكم الخلع عند جماهير الائمة من السلف والخلف وذهب المزنى الى ان الخلع غير مشروع اصلا وقيدت الظاهرية صحته باذا كرهته وخاف ان لا يوفيها حقها وان لا توفيه ومنعته اذا اكرها هو وقال قوم لا يجوز الا ان ياذن السلطان روى عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن وقالت المنابلة لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا ينقص عدد الطلاق وقال آخرون يقع و

بقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة

ويكون رجعيا فان راجعها رد البدل الذي اخذه رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال فكان الزهري يقول ذلك وجه قول المزني ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به نسخ حكمها بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا اجيب بانه متوقف على العلم بتاخر هذه وعدم امكان الجمع والاول منتف وكذا الثاني لان هذا النهي متعلق بما اذا اراد الزوج استبدال غير بامكانها وهذه الآية الاخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا ثم لو اراد بالنسخ تقدم حكمها على المطلقة في تلك الصورة اعني صورة ارادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنا وحاصله انه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو وجه مذهب الظاهرية فان قيل الجواب مبني على الخلاف في تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا الموضع مما يجب فيه تقديم الخاص عند الامام اذا قام ما يعارضه ان كان الحكم الثابت بخ وجوب الترجيح ان امكن والترجيح ثبت للحرم على المبيح لان فيه الاحتياط وهو هنا في تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص وكل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الافراد كما في لا صلاة بعد الفجر والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لا تمنع احدا طاف بهذا البيت وصلى اية ساعة شاء من ليل او نهار او ايجابا كقوله صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة والاظهر كونه عاما لا يقتضي التقدم بعين مفهومه بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل اوجب القول بموجبها وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله وهو ما ذكره المصنف بقوله كره له ان يأخذ يعني كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب وان قال الامام المحبوبي في جوابهم تاويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتملكه لان الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها فان الفرقة تنفي القطيعة لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه ازاد ما ذكرنا وسياتي ما هو الحق فيه ان شاء الله تعالى وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعي في القديم ما روى عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست بطلاق رواه الدارقطني عنه وروى عبد الرزاق عنه لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان ينكحها ذكر الله الطلاق في اول الآية وفي آخرها والخلع بينهما قالوا وروى نافع مولى ابن عمر رضي الله عنه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء ابنة عم عمر رضي الله عنه اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاءت عمها الى عثمان رضي الله عنه فقال ان ربيع اختلعت من زوجها اليوم افتنقل فقال عثمان لا تنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها الا انها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية ان يكون بها حبل فقال ابن عمر عثمان خيرنا واعلمنا فهو لاء اربعة من الصحابة فان بينهم عمها صحابيان قالوا بذلك ويستدل عليه ايضا بالآية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان الى ان قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعني الثالثة المفاد شرعيتها بقوله او تسريح باحسان على ما اسلفناه من التقرير في فصل يتحمل به المطلقة فيكون الاقتداء غير طلاق والا كان الطلاق اربعا والثاني منتف ايضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الاقتداء وقلنا اما هذا الاخير فحاصله انه وجه محوج لكونه فسخا لا يوجب كون الواقع في الواقع احد المجازين بعينه وهو انه فسخ او طلاق فلا يفيد واما الآية فالنظم الى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل ان الاقتداء فرقة ليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما افاد شرعية الثلث او بين ذلك عرض على حكم آخر موجوا زدفعها البدل تخلصا من قيد النكاح واخذ منها من غير تعرض لكونه غير طلاق او طلاقا هو الثالثة او لا فتبين اخذها من خارج

ن: الواجب

وان قال لم تحل لي فهو ثلاث تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن

البتة وهذا وجه من قولهم بين الثلاثة تفويض وغيره ولانه لا يحتاج الجواب اليه كما سمعته ولانه لا يقتضي ان لا يشرع الجمع الا بعد تبيين بل انما نفى شرعية الثلث وبين حكمها آخرا لا وجوز الاقتداء على ذلك واما ذكره وعن عثمان فمقتدى به شهرته ليس فيه سوى انه قال لا عدة عليها ولا نكح حتى تحيض حيضة وحاصل هذا ما روى من حديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان تعتد بحيضة فسمى لها حيضة رواه ابو داود والترمذي والحاكم وصححه ثم رأيناه صلى الله عليه وسلم حكم في خلع امرأة ثابت بن قيس بانها طالقة على ما في البخاري انه قال لها اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعني العدة المعهودة للمدخول بها ذات اقراء وللشارع ولاية الايجاب والالزام فهذا يفيدك بتقدير صحة عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا على ان الذي نعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك من نزاع ابن ربيع بنت معوذ جارت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فاخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكر فقال ابن عمر عدتها او عدتك عدة المطلقة وقال بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء وقولهم انه قول اربعة من الصحابة ممنوع لانه ليس كل من اتصف باسم الصحابي متبع اقتضيته النبي صلى الله عليه وسلم واي الاحكام وعلم المتأخر والمتقدم وصار اهلا له لاجتهاد بل يتقلد بعضهم من اتصف بذلك وظاهر حال ربيع وعمها ذلك فانها استفتيا عثمان فقال ما افتاك فاعتدا او فليس في المعنى الا قول صحابيين لان المعوذ قول اهل الاجتهاد وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخا وهو منتف بما روى عن عثمان مما يخالف ذلك فلم يبق الا قول ابن عباس وذلك ما روى مالك عن ام بكرة الاسلمية انها اختلعت من زوجها فارتفعا الى عثمان فاجاز ذلك وقال هي طالقة بائنة الا ان تكون سميت شيئا فهو على ما سميت ولا يعرف فيه الا ان جهان لم يعرفه الامام احمد فرد الحديث لذلك وهو جهان ابو المعلى او ابو يعلى مولى الاسلميين ويقال مولى يعقوب القبطي العبد في اهل المدينة تابعي روى عن سعيد بن ابي وقاص وعثمان بن عفان وابي هريرة وام بكرة الاسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الزبيدي وغيرهما وقال ابن حبان في الثقات يوجد جادة علي بن المديني فهي انبه عباس بن جهان روى له ابن ماجة حديثا واحدا في الصوم عن ابي هريرة لكل شيء زكوة وزكاة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فلهذا اصح اصحابنا نقل مذهبنا عن عثمان ابن مسعود وعلى رضاهم لا يعارضه قول غيرهم بل والمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اسند ابن ابي شيبة ثنا علي بن هاشم عن ابن ابي ليلى عن طلحة بن مصرف بن ابراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود قال لا تكون طلقة بائنة الا في خديعة او ايلاء وروى عن علي ايضا وتقدم ما رويناه عن عثمان وقال عبد الرزاق ثنا ابن جريج عن داود بن ابي عاصم عن سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة وهذا مرسل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لانه من كبار التابعين وكبار التابعين قل ان يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عن صحابي وان اتفق غيره نادر فحسن ثقة هكذا اتفقت مراسيله وبه يقوى ظن حجية ما رواه المصنف عنه صلى الله عليه وسلم انه جعل الخلع تطليقة بائنة وكذا ما اخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن حزم وما اعله بعباد بن كثير الثقفي من ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة وان كان لا يصح على طريق اهل الشام لان الحكم بالضعف انما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الامر فيجاز ان يقوم دليل الصحة في نفس الامر مع الضعف في الظاهر وههنا نظر على اصولنا وهو ان ابن عباس لما روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعيب عليه في دين ولا خلق ولكني اكره الكفر في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اترديين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ثم ان ابن عباس

الا ان ذكر المال اعني عن النية هنا لانها لا تعمل المال الا لتتناولها نفسها وذهب بالبينونة وان كان المنشور من قبله يكره له ان يأخذ منها شيئا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه ارخشها بالاستدلال فلا يرجع في رخشها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل الفيما

قال بانه فسخ وعمل الرازي عندنا بخلاف رواية نزل منزلة رواية النساخ اللهم الا ان يثبت رجوعه كما قالوا والله اعلم به والجواب ان بتقدير ان ثابتا ظاهرا انتهى الا امره صلى الله عليه وسلم لا يبقى من محل النزاع وهو الخلع بل يصير طلاقا على مال فقول ابن عباس بعد ذلك الخلع فسخ كلام في مسئلة اخرى مع فيما بقي من تسمية الراوي لها حيث قال فكان خلع في الاسلام يعني اول طلاق بال لان الظاهر ان المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها استثنى قوله صلى الله عليه وسلم فطلق وكثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بال وعلى كل حال فالاظهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصحيح الذي لا يقاومه النقل التقديري ولو تركنا الكل يتعارض ورجعنا الى النظر في المعنى اتجادنا قلنا ممن ذلك ما ذكره المصنف رح بقوله ولانه اي الخلع من الكنايات حتى لو قال خلعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا لان حقيقة الخلع لا تتحقق الا به وقد قدمنا في الكنايات انها عوامل بحقائقها والنكاح قائم ما لم يقع فلم يخلع ثم لم يخرج عن ذلك الا بذكر المال وذلك لا يقتضي خروجه عن حالته وايضا بذله فرقة بعد تمام النكاح والاصل فيه كونها طلاقا لانه هو المعهود والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما اريناك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لان النكاح فيه خيار اذا البعث وعتقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعا عن اتمامه معنى وايضا لملك النكاح ضروري لانه وارد على الحرمة فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفي بذا الملك في حق الفسخ قوله الا ان ذكر المال استدراك بانيتهم لزوجه على قوله انه كناية من فتقاره الى النية ومقتضاه انه اذا انكر ما يصدق قضاء وليس كذلك قالوا لا يصدق في نفي الخلع والطلاق والمباراة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بان يقول بارتيك على الف او بعت نفسك او طلاقك على الف وعند عدمه يصدق في انكارها قضاء في الخلع والمباراة لا في لفظ الطلاق والبيع لانها صريحان ذكره في الكافي فاجاب بان ذكر المال يعني عنها اذ هو قرينة ظاهرة على ارادة الطلاق اذ من المعلوم انه لا يستحقه الا بسببه واما وجه من قال لا بد من اذن الامام فلما رده ويظهر ان قوله تعالى فان خفتم عن الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فانه تعالى شرحه مشروطا بخوف الائمة والحكام اذ هم المخاطبون بقوله تعالى فان خفتم وهذا فسح الترافع اليهم ان كان خطاب ناخذوا للازواج ونحوه غير مستقر في القرآن ان يكون خطابا بان ياخذ ان الاخر والمخاطبون باخذها غيرهم بالآخر والجواب ما ذكرنا من قصة الزبيع من قبولها يفيد ان الخلع وقع دون علم عثمان رض به ولم ينكره وكذا ابن عمر حين سمع به فاذا وجد عدمها ذلك فيكون المراد من الآية اذن الائمة من تمكينهم من الخلع اذا خافوا عليهما عدم القيام بالواجب حينئذ اذا ارتفعوا اليهم لانه لا بد من الترافع اليهم وعلى اعتبار هذا المفهوم يتعين عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى تعيين انه ليس مبنيا على قوله صلى الله عليه وسلم المختلعات من المنافقات رواه الترمذي فيه وفي ابي داود عنه صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها من غير باس لم ترح رائحة الجنة لانا نحكم بعدم النفاذ والصحة اذا وقع واما بعد من قال انه يرجى فذكر بعضهم انه لا اجاصل له ولا اعتبار على الوجه الظاهر كون في الكتاب فيه وهو انهما بذلت المال لتسلم لها نفسها والله تعالى شرع الافتداء لذلك وان لم يكن رجعيا لم يحصل الغرض الذي شرع لاجله ولانه معاوضة والرجوع قد ملكا المال حكما لصحة هذه المعاوضة فلا يبعد من ان تملك نفسها حكما لها تحقيقا لها كما في جانبه والله سبحانه اعلم قوله وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها شيئا لقوله تعالى فلا تاخذوا منه شيئا نهى عن الاخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه وتقدم ما فيه من ان ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس شيء اذ لا معارضة في التحريم فان الطلاق نفي النكاح في الآية المطلقة مقيد بالمشاقة فان الآية بكذا ولا يحل لكم ان تاخذوا اما ايتموهن شيئا الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به والنهي في الآية الاخرى مقيد بالنشوز فلا تتعارضان فلا تعارض في حرمة الاخذ على انه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة اخذ مال المسلم بغير حق وفي امساكها لا لرغبته بل اضرارا او تضييقا

موقف

لا من تمكن بائن وجه الاخرى قوله عليه السلام ان امرأة ثابت بن قيس بن شماس لما الزيادة فلا وقد كان المشهور منهما وانما احتج
الزيادة جائز القضاء وكذلك الاخذ والمشهور منه لان اقتضى ما قلناه ان سبيان الجواز حكما والاباحة وقد قال العلى في بحث الاباحة المعارض على اصولنا الباقي

لتقتدي بالباقي بمقابلة خلاصها من الشدة التي هي فيها معه وذلك قال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا دليل قطعي على
حرمة اخذ المال كذلك فيكون حراما الا انه لو اخذ جاز في الحكم كما ذكره المصنف وآخرا اي يحكم بصحة التملك وان كان بسبب خبيث وعلله بقوله لان استحقت ما ملكوه اليمين
قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به بيان الجواز حكما يعني بصحة والنفاذ في القضاء فانه ذكره شبيها باخذ الزيادة وقد قال فيها جاز في القضاء والاباحة ترك العمل فيه حق
الاباحة لمعارض هو قوله تعالى وان اردتم استبدال زوج الآية فبقي معمولا به في الباقي اي الجواز في القضاء لا يقال الجواز هو الاباحة وقد ارتفعا لانا
نقول ان معنى الاباحة استواء الطرفين فلا اجد ولا وزر ومعنى الجواز من جاز اذا مر وبه فهو الانفاذ شرعا اي الصحيح وهو المعتبر سببا لترتب الآثار الشرعية
اعم من كونه مع الحل والحرمة كما في كل نهي عن امر شرعي لم يقم فيه دليل على انه لعينه كالبيع وقت النداء او البيع بالخمر فانه لازم وهنا كذلك فالاخذ حرام في حال
عدم نشوزها وان كان برضاها ولو فعل كان اخذه سببا للتملك كما في البيع فيما قلنا حيث يملك بسبب ممنوع لا يقال النهي هنا عن امر حسي فيعدم وجوده وشرعا
تخريجه عن انتهاضه سببا مفيدا الحكم الملك كالنهي عن الزنا لان ذلك مقتضاه اذا لم يدل الدليل على ان النهي لغيره لا لعينه وهنا دل على انه لزيادة الايحاش
ولقائل ان يقول اذا ترك في حق الاباحة تعارض يلزم ان يفوت النفاذ شرعا وذلك لان دلالته على النفاذ ليس الا دلالة التزامية للاباحة لان دلالة المطابقة
على الاباحة اذ هي المعنى المطابقي لنفي الجناح فيلزم من ثبوت الاباحة النفاذ فاذا انتفت الاباحة ارتفعت بلازمها الا ان يدل دليل مستقل اذ على ثبوت
النفاذ شرعا وهو معدوم وعلى هذا فيظهر قول الظاهرية قوله لاطلاق ما ملكوناه بدا اي اولا وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني بطريق دلالة
الاعبارة فان عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما ولا شك ان مشاقتهما مشاقة فاذا كان له ان يأخذ ما افتدت به مطلقا فيما فيه مشاقة منه فاخذه ذلك
فيما لا مشاقة منه فيه اولى قوله وجه الاخرى قوله ردي عليه حديقته امرأة ثابت الى آخره تقدم ذكر الحديث من رواية البخاري وليس فيه ذكر الزيادة وقد رويت
مرسلة ومسندة فروى ابو داود في مراسيله وابن ابي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء واقرب الاسانيد مسند عبد الرزاق قال انا ابن جريج عن عطاء جاءت
امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال اتردين عليه حديقته التي اصدقك قالت نعم وزيادة قال لا الزيادة فلا واخرجه الدارقطني
كذلك وقال وقد اسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل اصح واخرج عن ابي الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت
عبد الله بن ابي بن سلول وكان اصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه اتردين عليه حديقته التي اعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم
اما الزيادة فلا ولكن حديقة قالت نعم فاخذها وخلى سبيلها انتهى قال سمعوا ابو الزبير من غير واحد ثم اخرج عن عطاء ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ الرجل
من المختلعة اكثر مما اعطاها وروى ابن ماجه عن ابن عباس ان جميلة بنت سلول اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما اعيب على ثابت في دين
ولا خلق ولكني اكره الكفر في الاسلام لا اطيقه بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته فامره ان يأخذ منها حديقته ولا يزداد ورواه
من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة وكذا رواه الامام احمد وسماها حبيبة بنت سهل الانصارية وزاد فيه وكان ذلك اول خلع في
الاسلام فقد علمت انه لا شك في ثبوت هذه الزيادة لان المرسل حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا اذا اعتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الاول
او بمسند كان حجة وقد اعتضد هنا بهما جميعا وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة او حبيبة او زينب وفي اسم ابيها عبد الله بن سلول او سلوك او سهل
والمسألة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل ان الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته انها اختلعت من
زوجها بكل شيء تملكه فحكم فيهم في ذلك الى عثمان بن عفان فاجازه وامره ان يأخذ عقاص رأسها فما دونه وذكر ايضا عن ابن جريج عن

لا يكون

وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق فيجيز اذا علقا وقد علقه بقبولها والمرأة قابلت التزام المال فكان التزاما لهما وملكا

النكاح فلا يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا مما بينا ولانه معاوضة للمال بالنفي فمن ملك الزوج احد البدلين ملك الآخر وهو نفي تحقق الندم

موسى بن عقبة عن نافع ان عمر جاءته مولاة لامرأته اختامت من كل شئ لها وكل ثوب حتى نقبتها وروى ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت اليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها ذكره حماد بن سلمة عن ايوب عن كثير بن دينار عنه وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عيينة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه لا يأخذ منها فوق ما اعطاها ورواه وكيع عن ابي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن ابيه عن علي انه كره ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وقال طاؤس لا يحل له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها واورد ان شرط قبول خبر الواحد ان لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به أجيب اذا حض منه شئ او عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا للنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيأ فكان في الحقيقة معارضة بالكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوز واحد والطلاق الاخذ منها مقيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص لان مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض متناوله تخصيصا لا يقال اخذ الزيادة ايضا غير متناول المطلقة لانه في نشوزها ونشوزها وحدها ليس نشوزها لانا نقول تثبت اباحة اخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق اولى كما بينا على هذا فيظهر كون رواية الجامع اوجه فتعين يكون اخذ الزيادة خلاف الاولى ويكون محمل نهيه صلى الله عليه وسلم ثابتا من ان يزاد الحمل على ما هو الاولى وطريق القرب الى الله سبحانه والله اعلم

قوله ولو طلقها الخ صورته ان يقول انت طالق على الف او بالف اما لو قال وعليك الف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتي وقوله فقبلت وقع الطلاق غير متوقف على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة او اذا اختامت باذن سيدها حتى تباع فيه وان اختامت بغير اذنه لا تطالب الا بعد العتق وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار العقل القدر القبول لا الاداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الاداء آتيا بيانه تتميم التقرير ولا بد من كون القبول في المجلس لما قدمنا وزاد في النهاية قوله ولو علقها بتعليقة بالاداء ولكانت كلمة على للشرط المحض وهي انما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله انت طالق على ان تدخل الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج الى ان المعنى ان اديت فانت طالق وهو الشرط المحض وهو مضر في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على ذكر الثمن ونحوه وقد يقال ان ذلك جائز في المعاوضات المحققة اما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من انه يمين من جانبه او الجانبين فليس هذه الزيادة محتاجا اليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك والله اعلم

ان التعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرده هو فيما يتحقق فيه التحقيق اما فيما يحتمل فلا فلذا اختلف فيما اذا قال خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قبل يصح مطلقا وقيل لا مطلقا وقال الفقيه ابو جعفر ينوي الزوج ان اراد به التحقيق دون السوم يصح او التحقيق يصح لانه حينئذ امر هو المختار للفتوى قوله لما بينا يعني قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها قوله وهي لنفسها

قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان خالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شئ للزوج والفرقة باثنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا وقع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافترقا في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما الموجب للزوج شئ عليها لانها ما سلمت ملكا متقوما حتى تصير غاصبة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره للدم الا لتزام بخلاف ما اذا خالع على حر بعينه فظهر انه حر لانهما ساعدت ملكا فصار مغرورا بخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ذلك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في مسألة الخروج غير متقوم على ما مر فكره بخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلا يقرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفيسه شريف فلا حاجة الى ايجاب المال

ضميره الآخر وهو مذكر لتأنيث اسمه الآخر اعني النفس قوله وان بطل العوض في الخلع الى آخره حاصله انه اذا شرط في الفرقة عوضا غير متقوم حتى بطل فاما ان يكون موقعا بلفظ الخلع او الطلاق ففي الخلع يقع بائنا وفي الطلاق يقع رجعيا ان كانت مدخولا بها وهي دون الثلث وترك المصنف التنبيه بهما لاشتهار الحال في الطلاق الثلث وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على احد وفيهما سواء لا يجب شئ للزوج وجه الحكم الشامل ان ملك النكاح في البضع غير متقوم ولذا لا يلزمه شئ في الطلاق اجماعا واباحة الاقتداء وليس وضعا لتقومه شرعا والا لتعينت القيمة ولو بالنوع كمهر المثل فاذا سمى غير المتقوم في غير المتقوم كان رضا بسقوط حقه مجانا وجه الافتراق ان لفظ الخلع من الكنايات لانه لها ودلالة على قطع الوصلة لانه من خلع الخف والنعل والقميص وقد منا ان الكنايات عوامل بحقائقها فما افاد حقيقة منها قطع الوصلة كان الواقع به بائنا وما لا فرجعي ولفظ الخلع من الاول بخلاف لفظ اعتدي واستبري رحمك انت واحدة على ما سلف فانما يقع بها الرجعي ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البينونة ولو لا ثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلنا بالرجعي فيهما كقول مالك واحمد والشافعي يخالفنا في هذا الاعتبار في الكنايات على ما اسلفناه فيها وقال هناك ان الواقع بائن بناء على انه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض في المهر وهو ضعيف لانه مع الفارق فان الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول حتى لو سكتا عن المهر لزمت قيمته وهي مهر المثل ولم يجعله متقوما حال الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة وفي كتب المالكية لو خلعها على حلال وحرام خمر ومال صح ولا يجب له الا المال قبل وهو قياس قول اصحابنا وهو صحيح وفي جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شئ لانه مال لا يستحقه بحال وعرف مما قررنا ان اقتصاره على قوله لانه من الكنايات لا يستلزم البينونة قوله بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه لانها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا فيه فيرجع عليها فعندنا وعند ابي حنيفة تزوجها على خمر او خنزير وعندهما مثل كيل الخمر خلا وسطا كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر ولو علم الزوج بكونه خمرا لا شئ عليه قوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر او نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم واحترز به عما لو كاتبه على ميتة او دم فان الكتابة تبطل حتى لو ادى الميتة والدم لا يعتق وهنا فاسدة فلو ادى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه لان ملك المولى فيه متقوم ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي كتمته ابتداء ومارضي بزواله مجانا لانه لو رضي لبطلت حقته ابتداء فقيمة المال غير متقوم في التقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض والعتق لا يتوقف بعد وجوده فيتنزل ولا يمكن رفعه ولا يجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه لانه اذا تعذر البدل في موضع لزومه يجب قيمة المبدل ولقائل ان يقول ان عنى بكون العبد متقوما عند الخروج او حالة البقاء لزم قيمته عند خروجه شرعا ممنوع وان عنى امكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج فلا يفيد هذا الفرق في الرجوع بنفسها في تسمية الخمر والخنزير والجواب المراد امر ثالث وهو كونه له قيمة في الواقع باذن الشرع قوم او لا بيع او هبة وليس هذا في البضع حالة الخروج قوله والفقه فيه الى آخره لزوم متقومة عند الدخول ودون الخروج اخا مي البضع شريف

قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له ما لغني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء عليها لانها لم تزده بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء رقت عليه مهرها لانها ما سمت مالا لو يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام مختل بدونه وان اختلعت على عبد لها آبق

فلم يشرع تمليكه الا بعوض فاذا الاسقاط فنفسه شرف اي يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية فلا حاجة الى ايجاب المال اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه قوله وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس كليا فالصادق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرا او البعض الاكثر الا اقل من العشرة وما في يدها وما في بطن غنمها وبطن جاريتها يجوز وله ما في بطونها ولا تجوز مهرا بل يجب مهر المثل والفرق ان ما في البطن ليس مالا في الحال بل في المآل فكانه تعليق بالانفصال من البطن واحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق فكذا الآخر اعني المال ولا يقبل ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ولو لم يكن في بطونها شيء حالة الخلع فلا شيء له وما حدث في البطن بعد الخلع لها لانه غير حاوة اذ ما في البطن لم يتعين كونه مالا اذ ظهر جواز كونه ريحا ونحوه فلا يلزمها شيء ويصح التاجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدرك كالصداق والديات لان الفاحشة كالعطاء وهبوب الريح والميسرة وحيث لا يصح التاجيل يجب المال حالا وهذا لانه لما كان اسقاطا حتى جاز تعليقه وخلوه عن العوض بالكلية وكان ما يجري فيه التسامح فجاز المجهول والى الاجل المجهول المستدرك بالجهالة وعلى هذا الاصل يجوز اختلاعها على زراعة ارضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوة بها او خدمته اعني لان هذه تجوز مهرا وفي الخلاصة قالت طلقني على ان اوفر مالي عليك فطلقها فان كان للتاخير غاية معلومة صح به التاخير وان لم يكن لا يصح والطلاق رجعي على كل حال وكذا لو طلقها على ان تبرئه عن الكفالة التي كفل بها لها من فلان فالطلاق بائن انتهى كلامه لان الاول ليس فيه مال لان مطالبتها به لا يسقط بل يتاخر بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال او مطالبتها اياه به قوله اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم وهو البضع حالة الخروج بخلاف حالة الدخول فانه متقوم وعن هذا جاز تزويج الاب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يجز ان يخلع ابنه الصغير على ماله ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الاقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت وهي في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث قوله لانها لم تزده بتسمية المال لان ما في يدها قد يكون مستحقا او قد يكون غيره فكان بذلك راضيا ان لم يكن مالا او كان ومثل هذا قولها على ما في بيتي او ما في بيتي من شيء وليس فيه شيء لا يلزمها شيء لان الشيء يصدق على غير المال فان كان فيه شيء حال قولها فهو له كله ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر في الكتاب وقوله لا وجه الى ايجاب المسمى اي ما سمته المرأة وهو المال وقيمته للجهالة قيل عليه يجب ان يلزمه ما يصدق عليه اسم المال واقله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب احمد والجواب الجهالة توجب الفساد ولان كون اقل ما هو مال درهما ممنوع قوله لانها سمت الجمع واقله

فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها المطلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهو الاصح لان حرف الباء يعقب الاعواض والموجز يلتحم على العوض والطلاق باثر لوجوب المال وان قالت طالقن ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شئ عليها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليها ثلث الالف كان كفيلا على منزلة البدل في المعاوضات حتى ان قولهم احق هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء وله ان كفالته على الشرط قال الله تعالى يا ايها النبي على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تعطيني الف درهم ان تعطي الدراهم شرط

الشرط بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لانه لا يصح وان كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب اصله لان وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب اصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما لان مطلق الشئ يقتضي كاملا لان العيب فائت من وجه فكان الموجب الاصلي هو العين فاشتراط نفيه اشتراط لنفي مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا لانه اثبات ثم اسقاط بعض الحقوق التابع وجوبا لوجوبه وذلك لا يخل باثبات مقتضاه او نقول السلامة انما هي مقتضى العقد الذي لم يشترط فيه عدمها وهو المطلق لا غير بخلاف اصل البدل فانه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلفت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي اخذته لانفساخه بهلاك المبدل ولو كان حيا فاستحق رد منها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسميته ذكره شمس الائمة ويجب في حقورة ما اذا كان مات قبل الخلع ان كان المرأة تعلم بذلك ان لا يجب له شئ كما قدمناه في الخلع بالعين اذا ظهرت حرا او هو يعلم وفي كافي الحاكم وان اختلعت بعبد فطال الدم فقتل عندها بذلك رجع عليها بقيمته كما لو استحق وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده واخذ قيمته قوله فطلقها واحدة اي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شئ قوله فعليها ثلث الالف وبه قال الشافعي وعن مالك يقع بالف وعند محمد يقع بغير شئ وال دعوى موقوفة على اثبات التلازم بين طلبها الثلاث بالف وطلب الواحدة بثلثه فاثبته بقوله لان البائنة تصلح الاعواض باتفاق والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة والا تخلى البعض منه فيكون بعضه بلا عوض لكن العوض ان لا يتبرع شئ منه لكن يلزم هذا اجعل كل طلقة بمقابلة ثلث الالف والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه يلزمه لانه اذا كان العلم محيطا بالانتظام في النفس الامر يكون طلب الجملة للعوض طلب لكل جزء منه لكن يبقى فيه انه انما هو طلب المطلقة بجملتها حال كونها مع المطلقتين الاخريين لا منفردة فايقاعه الواحدة فقط ايقاع غير المسؤول فيقع بغير شئ وهو وجه قول الامام احمد رح فلذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الاول وهو جعلها كل طلقة بثلثها وجعله نظير من يقول لغيره بع عبدك من العبيد الثلاثة بالف فباع احدهم بثلثها يجوز باعتبار انه يحصل بعض المقصود وكذا هذا بل اولى فان المقصود هنا الاصلي بملكها نفسها بقطع ملك غيرها وذكرت احد صورتي ذلك والثانية بقدر حظها بجملته كل منها فانها بانتها بواحدة تحصيل اصل المقصود في صورة الفسخ فهو اولى في جوازه بجملتها بخلاف عدم الجواز في قوله لعبدك هذه الاعبد الثلاثة بالف كل واحد بثلثها فقبل في واحدة لا يجوز على قول ابي حنيفة فانه لما رفع فهو تفريق الصفقة فانه ضرر على البائع لان عادة التجار عدم الرضا بالرد في الصفقة ليرجوا الرد في المقبول في بعضها الحاق الضرر به وبخلاف ما لو قال لها انت طالق ثلثا بالف فقبلت في واحدة لا يقع شئ ولا يجب شئ لان الزوج هناك راض بالبينونة مقابلا بثلث الالف حيث كان الايقاع منه وفي هذه لم يرض بها الا ان يكون بازائها الف ولم يوجد منه الايجاب فلا يدل على

وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالشرط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا وجب المال كان مبدأ وقوع الطلاق بحيث لو رجعية

الرضاء ولو قالت ثلثا بالف فطلقها ثلثا متفرقا في مجلس واحد استحق الالف استحسانا وفي الذخيرة قال طلقني ثلثا على الف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف لانها التزمت بازاء الحرمة الغليظة وفي المرغيناني لو قال انت طالق اربعا بالف فقبلت طلقت ثلاثا بالف ولو قبلت الثلاث بالالف لم يقع وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الامر باليد عن ابي يوسف رح لو قالت طلقني اربعا بالف فطلقها ثلثا فهي بالف ولو طلقها واحدة فثلث الالف قوله وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط يبين ان قوله قبله ان كلمة على للشرط مراده مجازا وفي النهاية لا يتم تعليل ابي حنيفة الا على تعليل المبسوط حيث ادعى انها للشرط حقيقة لانه على تقدير كونها مستعارا للشرط لها ان يقول لم صارت تلك الاستعارة اولى من استعارتها للمعنى الباقي له والا فان حقيقتها الالزام بالاتفاق والمناسبة بين الالصاق واللزوم اكثر منها بين الالزام والشرط ثم نقل ما في المبسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذ الطلاق مما يتعلق به وجوب اعتبارها فيه اذ لا يعدل الى المجاز مع امكان الحقيقة والحق ان يقال انها حقيقة للاستلاء اذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كقعدت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت على راسي وهو محل اطلاق العربية كونها للاستلاء وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو بانك على ان لا تشتمني بالبدشتيها والآية اي بشرط ذلك ونحوه انت طالق على ان تدخل الدار وما وجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعني هذا على الف واحمله على درهم والعرفية كافعل كذا على ان انصرك او اعطيك او اشفع لك عند فلان والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الامرين لان الطلاق مما يتعلق على شرط المحض والاعتياض به ولا مرجح وكون المدخول بها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضا حتى لا ينقسم اجزاؤه على اجزاء مقابله كما قالت ان طلقني ثلثا فلك الف حتى لا يكون شيء من الطلقات مقابلا لشيء بل المجموع ينزل عند المجموع كما يصح جعله عوضا منقسما كما في بالف فعلى اعتبار المعاوضة ثلث الالف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا اذ الشرط لا يتوزع اجزاؤه على اجزاء المشروط بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله فدار الامر بين لزوم ثلث الالف وعدمه فلا يلزم بالشك فلا يحتاط في اللزوم اذ الاصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها وعلى هذا التقرير يكون على لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم وكونه لا يوجب التوقف عند اطلاقه كما في المشتركات لا ينفيه اذ غاية امره انه للزوم القرينة المعينة لاحد المفهومين وهو خصوص المادة اعني كون مدخولها جسما محسوسا او غيره وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد اما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الاطلاق فلا ولا شك ان الاشتراك واقع وليس الا لدليله على انه لو سلم دعوى ان المعنى الحقيقي هو الاستلاء والمجازي اللزوم ليس بأولى من القلب وكون ذلك قول اهل العربية لا يرجحه لان اهل اللغة هم اهل العلم بالعربية وغيرها واحد في الكل لا ينقل عن الواضع ان

ولو قال طلقي نفسك ثلثا بالف فطلقت واحدة بالف وقعت واحدة بالف ولو قال طلقي بالف فطلقت واحدة بالف لا يقع شيء لان الامر بالبينونة امر بالابعد فكان مخالفا فلو قال طلقي ثلثا بالف فطلقت واحدة بالف وقعت واحدة بالف ولو قال انت طالق على الف فقبلت فطلقت واحدة لا يقع شيء لانها ما رضيت بالبينونة بانه كانت بعضها رضي ولو قال انت طالق على الف فقبلت فطلقت واحدة بالف وقعت واحدة بالف ولو قال انت طالق بالف ولا بد من القبول في المجلس ومعنى قوله بالف ان يكون بمقابلة الف ومعنى قوله على الف على شرط ان يكون على الف والعوض لا يجب بدون قبوله ومعنى قوله ولا بد من القبول في المجلس هو ان القبول

الشيء الحقيقي كذا في ليس مكمهة الابناء ط رواه ومتب وراجع الاطلاق لا بل اللسان ونحن اوجدنا كل تباد والالزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعمال الاخ هذا ولو تنزلنا الى كونه من اللزوم فهذا لم يضر نا في المطلوب فنقول لما تعذرت الحقيقة اعني الاستعمال كان في المجازي اعني اللزوم وهذا المعنى المجازي يشمل كلي عامة مع ما يجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة الى آخر ما قلنا بينه **قوله** ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه **قوله** ولو قال انت طالق الى قوله ولا بد من القبول لو قال انت طالق بالف او على الف او خلعتك او بارأتك او طلقتك بالف او على الف يقع على القبول في مجلسها فهو يمين من جهة فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اليها اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها بادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها اما تعليقه بالقبول فلان الباء للمعاوضة وقد بينا ان في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول وكذا على عندهما خلافا لاشكال فعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعله فهو اما القبول او الاداء ويتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة فان قلت فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلثا على الف فظاهرها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها فالجواب ضلاحيته هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط انه القبول او الاداء ثم لزوم ارادة احدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا لاصل المال من غير ان يثبت لزومه بل قالوا اما هو ابلغ من هذا وهو لو قال انت طالق على ان تعطيني الف تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد اما اذا قال لو اعطيتني او ان اعطيتني بالف فلا تعلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الاعطاء شرطا بخلافه مع على حتى انه اذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مسئلة على ان تعطيني دون ان اعطيتني الا ان يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بالف لها عليه وذلك لانه يقال على ان تعطيني املك لك او يراد قبوله في العرف قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون اي حتى يقبلوا للاجماع على ان يقبلوا لا يعني الحرب معهم هذا ثم في قولهم ان اعطيتني يشترط الاعطاء في المجلس بوقوع الطلاق وفي قوله اذا او متى اعطيتني لا حاجة الى الاعطاء في المجلس وهذا يبين ان معنى المعاوضة يلاحظ وان ذكر تصريح الشرط وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم واما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلانه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها اذا ابتدات قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا اضافتها والمبادلات تستدعي جوابا في المجلس فاذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها اذ ذاك وفي جانبه هو يمين على ما سنذكره **فرع** قال لاجنبية انت طالق على الف ان تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول الا بعد التزوج ولم يكن خلافا في جوامع الفقه وغيره وجعل هذا قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف اذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت

وقال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة وقالا هو على ما التزما بقبولهما والاصل كل واحد منهما الالتزام اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق ويستحيل المعاوضة فان قوله لعمل هذا الكلام يستدعي العوض قوله ان دخلت الدار فانت طالق وعليك الف درهم بمنزلة قوله ان دخلت الدار فانت طالق ان شئت وهذا لان الطلاق والعتاق مما لا يتقيد بالقبول ابتداء لانه اسقاط محض ولهذا لا يرتد بالرد ولا يتوقف على المجلس ولا يقبل الاضافة الى الاعيان ولا الى الاجارة

وجاب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ولو قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم ولم تقبلت قبلت

المال والخيار فالخيار باطل اذا كان للزوج فحجر وقبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال وهو جائز اذا كان للمرأة فلا يقع لقبولها حتى تسقط الخيار او تمضي الايام فاذا كان ذلك وقع ولزمها المال فان ردت الخيار في الايام بطل الطلاق ولزم المال وهذا التفصيل كله عند ابي حنيفة ولا يخفى ان العبارة الجيدة ان يقال فان ردت اختيار الطلاق بان قالت لا اختيار الطلاق وعبارة قاضي خان فان ردت الطلاق وقالا الخيار في الوجهين باطل والطلاق واقع بحجرها وقبولها وعليها المال وجه قولهما ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لانه لم يشرع الا في عقد لازم كالبيع والكتابة لا للمنع من الانعقاد والتصرفات اعني ايجابه وقبولها لا يحتملان الفسخ من الجانبين اي لامنه ولا منها لانه في جانبه يمين اذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال وفي جانبها شرطه اي شرط اليمين هذه تاويل الخلف فاذا قبلت كان ذلك وجود الشرط وشرط اليمين اذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها ولم يكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد ولما من فيبطل من الجانبين فاذا بطل لزم ما شرط فيه وله ان المنع في جانبها بمنزلة البيع يعني معاوضة فاذا صح رجوعها عنه اذا ابتدات قبل ان يقبل هو ولا يتوقف على ما وراء المجلس بالاتفاق بيننا حتى لو قامت فقبل هو او قامت ثم قبلت فيما اذا كان هو المبتدي لا يصح ولو ذكرته يصح الشرط في الكافي للحاكم ابي الفضل اذا قالت ان طلقتني ثلثا فلك على الف فان فعله في المجلس فله الالف وان فعله بعده فلا شئ له وفي جانبه يمين كما قالا حتى لا يصح رجوعه بعد قوله انت او هي طالق على كذا او بكذا ويتوقف على ما وراء المجلس فلا يبطل الا ان يقضي مجلس خطابها او مجلس بلوغها الخبر قبل ان يقبل ويصح تعليقه واضافته حتى لو قال اذا جاء غد فقد خالعتك على الف او فقد طلقتك على الف وقبلت في الغد في مجلس علمها وقع ولزمها المال ولا يصح قبولها قبل الغد لان نفس الايجاب معلق بالشرط وهو عدم قبله ولا يصح القبول قبل الايجاب فلا خيار في الايمان فبطل خيارها فيصح في البيع فيصح خيارها وكونه شرط يمينه لا تبطل حقيقته في نفسه الا يرى انه لو قال ان بتتك فانت حر يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة فحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب وبالخيار بخلاف ما لو قال ان دخلت فانت طالق على انك بالخيار لا يصح لانه خيار في الطلاق لا معاوضة فان قيل ثبوت الخيار في البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فالجواب اذا اثبتناه هنا بدلالة النص فان ثبوته في البيع لدفع الغبن في الاموال والغبن في النفوس اضر والحاجة الى التروي فيه اكثر فانه ربما يفوتها هذا الاوراج على وجه لا يحصل مثله ابدا وهذا المعنى يقف عليه كل لغوي بعد علمه بالشرعية في البيع فكان بدلالة النص **قوله** وجاب العبد في العتاق اي على مال كجانبها في الطلاق فيصح فيه شرط الخيار له اذا قال انت حر على الف على انك بالخيار ثلثة ايام **فرع** من صور تعليق الخلع ان يقول ان دخلت فقد خلعتك على الف فترا ضيا عليه ففعلت فصح الخلع ذكره في علامة السنين من التجنيس لان التعليق من الزوج يجوز لانه طلاق وهذا يفيد ان قبولها قبل الشرط وفي الوجيز

فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم يقبل فقال قبلت فالقول قول المشترى ووجه الفرق
ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لتحتمل ان تعذر بتعذر الايمان والبيع فلا يتم الا بالقبول والاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فالانكار القبول رجوع

اذا قال اذا قدم فلان فقد طلقتك على الف واذا جاء غد فانت طالق الى اخره كان القبول اليها بعد مجيئ الوقت وقدوم فلان

قوله فالقول قول الزوج اى مع يمينه وحقيقة الفرق بين الصورتين ان قوله طلقتك امس على الف اقرار بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق اذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه والموجود بعد هذا بينه ومنها اختلاف فى وجود الشرط وهى تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر وهو غير مناقض اذا لم يقتض رجوعه عن شئ مما اقر به والقول للمنكر بخلاف قوله بعتك فانه اقرار بقبول المشترى اذ البيع لا يقوم الا به فانكاره قبوله رجوع عما اقر به فلا يقبل حتى لو قال لها بعتك طلاقك امس فلم تقبل فقالت بل قبلت كان القول لها وقوله بعده اعتقتك امس على الف فلم تقبل وبعتك امس نفسك بالف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ولهذه المسئلة اخوات فى كتب محمد رح منها قال لها قد طلقتك واحدة بالف فقبلت فقالت انما سألتك ثلاثا بالف فطلقتنى واحدة فلك ثلثها القول للمرأة مع يمينها فان اقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا فى مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع او قالت اختلعت بغير شئ فالقول قولها والبينة بينة الزوج اما اذا اتفقا انها سألته ان يطلقها ثلثا بالف فقالت طلقتنى واحدة وقال هو ثلثا فالقول قوله ان كانا فى ذلك المجلس الا يرى انه لو قال لها انت طالق انت طالق انت طالق فى مجلس سواء لها بالثلاث بالف كان له الالف فنايته هذا ان يكون موقعا البائنة فى المجلس فيكون مثله فان كان غير ذلك المجلس لزمه الثلث وان كان فى العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج الا ثلث الالف وان قالت سألتك ان تطلقنى على الف فطلقتنى واحدة فلا شئ لك يعنى على قول ابى حنيفة رح وقال هو بل سألتنى واحدة على الف فطلقتكها فالقول قولها على قول ابى حنيفة رح وان قالت سألتك ثلثا فطلقتنى فى ذلك المجلس واحدة والباقى فى غيره وقال بل الثلث فيه فالقول لها وان قالت سألتكان تطلقنى انا وضرتى على الف فطلقتنى وحدى وقال طلقتهما سمك وقد افترقا من المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق باقراره وكذا ان قالت فلم تطلقنى والاخرى فى ذلك المجلس وفى مسئلة خلع الثنتين بسوال واحد تنبيه وهو انه اذا خالع امراته على الف كانت منقسمة عليه على قدر ما تزوجها عليه من المهر حتى لو سألها وطلاقها على الف او بالف فطلق احداهما لزم المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه فان طلق الاخرى فى ذلك المجلس لزمها ايضا حصتها لان الالف تنقسم عليهما بالسوية ولو طلقهما بعد ما افترقوا فلا شئ له فاذا ادعت المراة الخلع وانكره الزوج فاقامت بينة شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة او اختلفا فى جنس الجعل فالشهادة باطلة وان كان الزوج هو المدعى للخلع والمراة منكرة فشهد احد شاهديه بالف والاخر بالف وخمسمائة والزوج يدعى الفا وخمسمائة جازت شهادتهما على الف وان ادعى الفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق باقراره وكذا لا تجوز شهادتهما

قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة وقال محمد رح لا يسقط فيها الا ما سميا له وابو يوسف رح معه في الخلع ومع ابي حنيفة رح ان المبارأة لمحمد رح ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يغير الشرط لا يغير

اذا اختلف في جنس البدل ايضا الكل من مختصر الحاكم ابي الفضل لكلام محمد رح ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول عندنا وعن الشافعي يتحالفان قوله والمبارأة كالخلع بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ في المغرب وهو ان يقول بارأتك على الف فتقبل وقوله يسقطان كل حق الى آخره متقيد بالمهر والنفقة الماضية اذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منها وان كانا من حقوق النكاح بل للمحتاجة النفقة والسكنى الا ان اختلعت على نفقة العدة فتسقط وبدون السكنى لانها حق الشرع واطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيأ في الخلع او لا وليس كذلك وجملته انهما اما ان لا يسميا شيأ بان يقول خالعتك فقبلت ولم يذكرا شيأ او سميا المهر او بعضه او مالا آخر فان لم يسميا شيأ ففيه ثلث روايات احداها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه ان لم يكن مقبوضا والاخرى يبرأ كل منهما عن ومن آخر سواء والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب باحدهما الآخر وهو الصحيح على قول ابي حنيفة سواء كان قبل الدخول او بعده مقبوضا كان او لا حتى لا ترجع عليه بشيء ان لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها بان كان مقبوضا كله فالخلع قبل الدخول وبعده لان المال المذكور عرفا بالخلع فحيث لم يصح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقرينة ان المراد الانخلاع منه وان سميا المهر فان كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله وان كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط وان كان قبل الدخول فان كان مقبوضا ففي القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان الفا رجع بالف وخمسمائة وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رد بالشرط رد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها رده كذا ذكره قاضيخان قيل وينبغي ان لا يجب الا النصف بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع كما اذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر لا يجب شيء منه وباقي وكذا اذا سميا بعض المهر فانه يجب عليه المسمى بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع ولكن قد يقال ينبغي ان يجب كل المسمى بالشرط لان المهر اسم لما صحت تسميته في العقد غير انه سقط النصف بالطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط وان لم يكن مقبوضا ففي القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لانه يستحق قدره بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشيء لما ان المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فوجبا ذلك ويجب له مثله عليها بالشرط فيتقيان قصاصا وان سميا بعض المهر بان خالعها على عشرة مثلا والمهر الف فان كان بعد الدخول كله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقي لها وان كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع وان كان قبل الدخول وكله مقبوض ففي القياس يرجع عليها بمائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين لانه

ولابي يوسف ان المبارأة معاملة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيل ذاه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الاخلاع وقد حصل في نفس النكاح ولا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وضع النعل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع البتة وهي بصغيرة بمالها

عشر مهرها قبل الدخول وبريت المراة عن الباقي بحكم لفظ الخلع وعلى ما بمثناه ينبغي ان يرجع بأته وان لم يكن مقبوضا سقط كله استحسانا عشرة بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع وان سميا مالا آخر غير المهر فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير وان لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع وان كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى سلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شئ منه وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع اذا عرفت هذا فجينا الى الخلافيه وجه قول محمد رح ان هذه معاوضة واثر المعاوضة ليس الا في وجوب المسمى لا في اسقاط غيره وصار كما اذا وقع بلفظ الطلاق على مال ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع ان النفقة اضعف من المهر ولابي يوسف ان المبارأة من البراءة فتقتضي البراءة من الجانبين انه مطلق في كل دين الا انا قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض فان الغرض المبارأة من متعلقاته اما الخلع فانها تقتضي فصلا وانخلاعا وحقيقة تتحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر ولابي حنيفة رح ان الخلع صلح وضع شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح فتمام تحقق مقصوده جعله مسقطا لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والاعادة على موضوعه بالنقض لان لفظ الخلع ولفظ المبارأة يفيد اطلاقهما ذلك في المبارأة كما قال ابو يوسف ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر دون احدهما بعينه فانه اذا انخلع احدهما عن الآخر على وجه الكمال بان يخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة كل منهما الآخر بموجب النكاح بخلاف لفظ الطلاق فانه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح على ان على رواية الحسن عن ابي حنيفة رح ان الطلاق على مال الخلع يسقط به ما يسقط به بالخلع وبخلاف دين آخر لان سببه الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقا وبخلاف نفقة العدة فانها ليس من موجب النكاح بل بحدوث تعلق وجوبها بعده حتى لو شرط سقوطها في الخلع سقط باعتبار ما تستحقه وقت الخلع والباقي سقط تبعا في ضمن الخلع اما لو لم يسقطها حتى انخلعت ثم اسقط لا يسقط لاسقاطها قصدا لما لم يجب فانها انما تجب شيئا فشيئا بخلاف ذلك لاسقاط الضمني واما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق معصية لا يصح اسقاطها بحال الا ان ابرأته عن مؤنة السكنى بان كانت ساكنة في بيت نفسها او تعطي الاجرة من مالها فيصح الزامها ذلك وفي القنية الابراء وجد بعد وجود سبب النفقة فيصح وان لم تكن واجبة عنده قيل ما سبق هو الصحيح وما ذكر في القنية يبطله الابراء بعد الخلع فانه لا يصح لكن في الينابيع لو ابرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح قال هكذا ذكره الطحاوي انتهى بخلاف الابراء منهما حال قيام النكاح لان الابراء من النفقة المستقبلة لا يصح هذا ولقائل ان يقول الوجه الاول يقتضي سقوط المهر بالطلاق على مال والثاني يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لانه يفيد اطلاقهما او انطلاقها عن الزوج يوجب مثله في حقه وتحقق حقيقة الطلاق كل منهما عن الآخر عن الكمال يقطع مطالبة كل الآخر بموجب النكاح كما قلنا في الخلع بعينه فالذي يظهر

لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم

لمن جهة الدليل ترجيح الوجه الاول والتزام رواية الحسن عن ابي حنيفة في الطلاق على مال انه ايضا يسقط المهر كالخلع والا فالحال ما علمت ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اي فقال بعتك نفسك بالف فقالت اشتريت اختلف المشايخ فيه انه على قول ابي حنيفة كالخلع والمباراة اولا وصحح في الفتاوى الصغرى انه كالخلع والمباراة وترجيح قول محمد رح بانه عقد معاوضة فلا يتزاد على ما تراضيا عليه واللفظ وان كان مبنى حق الفصل فالفصل وجد على مقدار رضائه فكيف يسقط غيره وهو ان عن التحقيق فانه اذا ابان عن الانفصال في متعلقات النكاح واقتضى لذلك ان يسقط مطالبته كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضي على اثباته بمال فقد وقع التراضي على اثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة تنبيه لا يسقط المهر بخلع الاجنبي بمال نفسه لانه لا ولاية للاجنبي في اسقاط حقها كذا ذكره شمس الائمة وكذا الامة اذا اختلعت من زوجها بغير اذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط ويتباع في بدل الخلع وفيما اذا كان بغير اذنه لا تطالب به الا بعد العتق وام الولد والمدبرة في الاذن يؤديان من كسبهما شرح اذا شرطا بدلا للخلع البراءة من نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم والا لا يصح وفي المنتقى ان كان الولد رضيعا صح وان لم تبين المدة وترضع حولين انتهى بخلاف العظيم وفي الخلاصة امراة اختلعت من زوجها على مهرها او نفقة عدتها وعلى ان تمسك ولدها ثلث سنين او عشرا نفقتين صح الخلع ويجب ذلك وان كانت النفقة مجهولا يعني قدر النفقة وهذا اذا علمت ان الجهالة غير المتفاحشة محتملة في الخلع فان تركته على زوجها وهربت فللزوج ان ياخذ قيمة النفقة منها ولها ان تطالبه بكسوة الصبي الا ان اختلعت على كسوته ونفقته فليس لها وان كانت الكسوة مجهولة وسواء كان الولد رضيعا او فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استاجرها بمثل الخلع على ارضاع الرضيع جاز ولو استاجرها به على امساك العظيم بنفقته وكسوته لا يجوز وفي المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رح في امراة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر وبرضاع ولده الذي هي حامل به اذا ولدته الى سنتين جاز فان مات او لم يكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة وكذا اذا ماتت هي عليها قيمة انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها باجرة رضاع سنتين ونفقة باقي السنين الآن قالت عجلت الخلع ان مات او مت فلا شئ لك فهو على ما شرطت قال ابو يوسف ولو اختلعت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح في الاثنى لا الغلام واذا تزوجت فللزوج ان ياخذ الولد ان تتركه عندها وان انفقا على ذلك لان هذا حق الولد وينظر الى مثل امساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها ولو اختلعت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شئ يصح ولو خالفته على نفقة ولده عشرا وهي معسرة فطالبته لنفقتها يجبر عليها وما شرط حق عليها وعليه الاعتماد للعلماء بالافتاء بعضهم من سقوط النفقة ولو خالعها بالمال عليه من المهر عم مذكر ان لم يبق عليه شئ من المهر وقع ووجب عليها رد المهر ومثله لو خالعها على عبدها الذي لها عنده او متاعها ثم ظهر ان ليس في يده شئ وقع على مهرها فان لم يكن قبضته سقط وان قبضته ردته الى او مثله وقيمته ولو خلعها بمهرها وهو يعلم ان ليس لها عليه مهر وقع في الخلع بائنا وفي الطلاق رجعيا مجانا ولو كان طلقها بمهرها قبلت والزوج يعلم ان لا مهر لها ويقع رجعيا قوله لم يجز عليها

بخلاف الكفالة لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال ولانه يجوز ان يسقط الزوج ما يستحق بالطلاق قبل وقوعه كما لو قال ان طلقتك فلك الف درهم لا يقع وكما لو قال ان طلقتك بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط وان خالع على الف على انه ضامن فالخلع واقع ولا شئ على الاب لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها او كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

يحتمل عدم وقوع الطلاق بسوء ان الاب لانه لم يضمن بدل الخلع فصار كان الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وان كانت صغيرة ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق فلما صح بان الاصح وقوعه تعين ان المراد الثاني وهذا لانه لا نظر لها فيه اذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم فاعطاء المتقوم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز لانه في معنى التبرع بمالها قوله بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول فلو زوج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لانه اعطى المتقوم من ماله بمتقوم قوله ولهذا يعتبر خلع المريضة متصل كون البضع غير متقوم حالة الخروج وقد مناسفي اول الباب ان الواجب للزوج ان ماتت في العدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان خرج من الثلث قوله ونكاح المريضة الخ متصل بانه متقوم حال الدخول قوله والاول صح نص عليه في المقتضى ووجهه ما ذكر من انه تعليق لقبول الاب وقد وجد الشرط وبما ذكر من وجه الرواية الاخرى من ان الاب لما لم يضمن المال صار كانه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة فالملازمة الاولى ممنوعة وكون الموجود من الاب يمينا غير صحيح بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من كل احد هذا ان قبل الاب فان قبلت وهي عاقلة تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال وفي جوامع الفقه طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا مهر اوان قبل ابوها او اجنبي روى هشام عن محمد رحمه الله يقع وروى الهندواني عن محمد لا يقع ولو بلغت فاجازت جاز قوله على انه اي الاب ضامن المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها فالخلع واقع سواء خلعها الاب على مهرها او ضمنه او الالف مثلا يجب الالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب وانه يملك التصرف في نفسها ومالها بالاقراض والايداع والاجارة والايضاع اولى بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبي لانه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو القوة عن ذلك الاسقاط بخلاف اسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبي والاب مثلهما في انه لم يحصل له شئ بخلاف العبد فانه حصل ما ذكرنا له والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع الا ان البيع يفسد بشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل في ولاية الاب فاذا بلغت تاخذ نصف الصداق ان كان قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن او ترجع على الاب ولا يرجع هو على الزوج ولو كان المهر عينا اخذته من الزوج كله ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله ويرجع الزوج على الاب الضامن بقيمته قوله وان شرط اي لو شرط الزوج الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تكون مميزة وهي ان تعرف ان النكاح جالب والخلع سالب فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وهو قبولها ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة والبينونة بالخلع يتعقد بالقبول دون لزوم المال الا ترى الى بينونة بدونه فيما اذا كانت

وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب ضمنا في الرواية وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو شرط ولزمه ضمنا ما شاء

غيره ونحوه وان قبله الاب بدونه عنا ففي وقوع الطلاق روايتان في رواية يصح لانه نفع محض اذ تخلص من عهدته بلا مال ولذا صح منها فضاء كقبول الهبة وفي اخرى لا يصح لان قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وبذا هو الاصح قوله وكذا ان خالعها اي خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها ان كانت على ما قالا فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ووقع الطلاق بائنا ولا يسقط المهر وان قبله الاب فعلى الروايتين بالم يضمنه فان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وعرف من هذا ان الصغيرة العاقلة اذا قبلت الخلع من نفسها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قيل تاويل المسئلة ان يخالعها على مال مثل مهرها اما على مهرها فلا يجوز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة ما ليس بمقوم ولا يعتبر ضمانه والاصح ان الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب اياه صحيح ثم ينظر ان كان مهرها الفا والخلع قبل الدخول وهي المراد بمسئلة الكتاب لزمه خمسمائة وفي القياس يلزمه الالف واصله ان الكبيرة اذا اختلعت على مهرها وهو الف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لانه وجب لها على الف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فبقي عليها خمسمائة له وفي الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شئ لان المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه تجب خمسمائة له بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع هذا على خلاف ما ذكره قاضي خان وقد قدمنا الاقسام كلها واذا عرفت هذا علمت ان الصواب ان يقول اذا خالعها على مهرها وهي الف لا كما قال على الف ومهرها الف فانه اذا خالعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير انه اتفق انه مثل المهر والاثر لذلك والحكم فيه ان كان قبل الدخول وجوب المسمى له وسقوط المهر عنه ان لم يكن مقبوضا وسلامة لها ان كان مقبوضا لا يرجع عليها بشئ كما قدمناه في التقسيم واذ قد وقع الكلام في خلع الاجنبي فلا بد من ذكر نبذة منه واعلم ان الاجنبي اذا خاطب الزوج فاما ان يضيف البدل الى نفسه على وجه يفيد ضمانه او ملكه اياه او يسلمه او يضيفه الى غيره فان اضافه الى نفسه كذلك بان قال اخلعها على عبدي هذا او الفي هذا او على الف او علي الف او علي اني ضامن فضل فالخلع واقع والمسمى عليه فان استحق لزمه قيمته ولا يتوقف على قبولها لانه انما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا الى قبوله بل يكفي ذلك الامر منه لان الواحد يتولى طرفي الخلع كما في النكاح بخلاف ما لو قال اختلعت نفسك مني فقالت قبلت لا يصح بلا قبول الزوج والمختار انه يصح ان اراد به التحقيق دون السوم فان قلت ما الفرق بين تسمية الاجنبي وسيد الامة المتزوجة لعبدها حرفانه اذا خالعها من الزوج على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الامة حتى تتبع فيه بظهور الدين في حق السيد فالجواب ان قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها الا ان السيد التزم خصوص الاول فاذا فات عاد اليها وهو ظاهر في حق السيد فيبطل ما فيه الا ان يفديها واذا بيعت ان كان عليها دين بدئ به لان دين الخلع اضعف اما لو خالعها على رقبتها وهي تحت عبد صح فلو ضمن المولى الدرك في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه دونها لا قبل العتق ولا بعده ولان القبول انما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع

ان

الف على او

فى القياس يلزمه الالف واصله فى الكبيرة اذا اختلعت

الطلاق وان ارسله بان قال على الف او على هذا العبد توقف على قبول المرأة لان البدل لم يضف الى احد فان قبلت لزمها تسليمه او قيمته ان عجزت وان اضافه الى غيره بان قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البدل اضيف اليه وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امراتى على عبدك لان العبد اضيف اليه ولو كان الزوج قال لها فالعبد على عبد فلان او قالت هى اخلعنى على دار فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هى الداخلة فى العقد ولو قالت اخلعنى على الف على ان فلانا ضامن فاجاب فالخلع صحيح لانها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله ولو وكلت من يخالعها بالف فخلع فالمال عليها دون الوكيل لان حقوق العقد فى الخلع ترجع الى من عقد لا الى الوكيل ولو ضمنه الوكيل لزمه واذا ادى رجع عليها لانه يملك الخلع من مال نفسه فتفيد امرها بالرجوع عليها بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فادى لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بامره لان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا يملك النكاح بغير امره والصلح عن دم العمد كالخلع فى جميع ما ذكرنا. فرع يتعلق بالباب المختلعة يلحقها صريح الطلاق عندنا وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وابى الدرداء وسعيد بن المسيب وشريح وطاوس والزهرى والنخعى والحكم وحماد ومكحول وعطا والثورى وعند مالك والشافعى واحمد لا يلحقها ولا يتبعها ولها الطلاق فى قوله لنسائه طوالق عندهم ولو قال لها الكنايات التى يقع بها الرجعى مثل اعتدى استبرئى رحمك انت واحدة ينوى الطلاق يقع عليها طالقة بائنة عند ابى حنيفة رحمه الله وابى يوسف رح خلاف لمحمد رح لهم ما روى انه عليه الصلوة والسلام قال المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وان كانت فى العدة ويروى عن ابن عباس رض ولنا ما رواه ابو يوسف رح باسناده فى الامالى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدة وحديثهم لا اصل له ذكره سبط بن الجوزى فى ايثار الانصاف فامرأة قالت خلعت نفسى منك بالف ثلث مرات فقال الزوج رضيت او اجزت كان ثلثا بثلاثة آلاف خلع امته على رقبتها وزوجها عبده او مدبره او مكاتب صح لانها تتعير ملكا للمولى ولو كان حرا لا يصح لانه لو صح ملكها فيبطل النكاح ومتى يبطل بطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لانه ابطل البدل وبقى لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر استبان دخل بها فخالعها سيدها على رقبته الصغرى فالخلع واقع على الكبرى ويبطل الخلع فى التى خلع على رقبتها وهى الصغرى لانه امكن تصحيح الخلع فى الكبرى لان الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها لا فى الصغرى لان الطلاق فى حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبتها فيقسم الصغرى على مهرها لانه خلعها بدلا عن طلاقها فما اصاب مهر الكبرى فهو للزوج وما اصاب الصغرى بقى للمولى ولو خلع كل منهما على رقبة الاخرى طلقتا مجانا لان ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع فى حق الطلاق ولا يسلم للزوج شئ من البدل امرأة لها ابنا عم وهما وارثا ها تزوجت احدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها فى مرض موتها ولا مال

قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة وتاتي في الاستحسان

لها غيره وماتت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البدل في حق الوارث فيبقى لفظ الخلع فتبين ويرثان بالقرابة فلو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية والباقي بينهما نصفين **قاعدة في الطلاق** على مال الاصل انه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما اذ ليس احدهما بصرف البدل اليه اولى من الآخر الا اذا وصف الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على ان المال بمقابلة الثاني وان شرط وجوب المال على المرأة حصلت البينونة لانها انما تلزمه لتملك نفسها فلو قال لها انت طالق الساعة واحدة وغدا اخرى بالف او قال علي انك طالق غدا اخرى بالف او قال اليوم واحدة وغدا اخرى رجعية بالف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة في الحال وغدا اخرى بغير شيء الا ان يعود فيملكها قبله لانه جمع بين تطليقة بخمسمائة وتطليقة مضافة الى الغد وذكر عقيبهما مالا فانصرف اليهما الا يرى انه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف اليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة فاذا جاء غد يقع اخرى لوجود الوقت المضاف اليه لا يجب شيء لان شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالاولى حتى لو نكحها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد تقع اخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال ولو قال انت طالق الساعة واحدة رجعية او بائنة او بغير شيء على انك طالق غدا اخرى بالف تقع في الحال واحدة مجانا وغدا اخرى بالف لتعذر التصرف اليهما لانه وصف الاولى بما ينافي وجوب المال الا ان في قوله بائنة يشترط التزوج لوجوب المال بالثاني ولو قال انت طالق ثلثا للسنة بالف فقبلت يقع في الطهر الاول واحدة بثلث الالف وفي الطهر الثاني اخرى مجانا لانها بانت بالاولى ولا يجب بالثانية المال الا اذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع اخرى بثلث الالف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه وتعالى اعلم **فروع**

لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الائمة انه يبرأ كل عن صاحبه قال خواهرزاده هذا احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو الصحيح فانه لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال المذكور عرفا يذكر الخلع وفي رواية عن ابي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ احدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة وموئنة السكنى في قولهم جميعا الا اذا شرطا في الخلع فقيه في الخلاصة وكذا ذكره السغدي اعني رد ما المهر وذكر في الوجيز فيما اذا قال اختلعي ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهرزاده انه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كانه قال طلقي نفسك طلاقا بائنا فقالت طلقت ثم استشكله على ما حكي عنه من رد ما ساق اليها من الصداق اذا كان مقبوضا اذ لم يحصل كانه قال طلقتك بائنا لكن هذا مذكور في غير موضع ذكره في التجنيس اذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق وفرق بينه وبين ما اذا قال اشتر نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بان اختلعي امر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بامر الزوج بخلاف اشتر نفسك لانه امر بالخلع الذي هو معاوضة اذا لم يكن البدل مقدارا فان قدره بان قال بمهر

لا شيء عليها لانه يراد به غاية حاصل ما يلزم لها

ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار يريد بالرواية الاخرى ما ذكر في غير موضع انه اذا قال اشتري نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقبل الزوج بعد وكذا الروايتان فيما اذا قال اختلعي مني بكذا وذكر مالا مقدرا فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما لم يقبل الزوج خلعت وفي رواية كتاب الوكالة تصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الاصح واما الجواب عن الاشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما اذا لم ينو به كونه خلعا بغير مال وحمل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما اذا نوى به كونه بلا مال وهذا لان مطلق الخلع ينصرف الى الفرقة بعوض فيحمل عليه الا بموجب فاذا لم يسميا مالا انصرف الى المهر الا ان ينوي خلافه يدل على هذا ما في المنتقى قال ابو يوسف اذا قال لها اخلعي نفسك فقالت قد خلعت نفسي لا يكون خلعا الا على مال الا ان ينوي بغير المال ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فاذا قال فانت ينوي به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا تقاضوا على عدم النية وما يوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفي المال كما اذا قال اختلعي مني بغير شيء فالخلع واقع بلا مال لانه صرح بنفي المال نقله عن محمد الفضلي والطلاق بائن وعلى ما ذكرنا من ان حقيقة ما فيه المال لو قال لاجنبي اخلع امرأتي لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها بائنا ولو قال اختلعي على مال وشئت ولم يقدر فقالت اختلعت على الف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك او نحو ذلك فرق بين هذا وبين ما اذا قال الزوج اخلعي نفسك مني بالف والباقي بحاله بحيث يتم به الفرق ان التفويض في المسئلة الاولى لم يصح لان البدل مجهول فلو صح صار الواحد مستزيدا مستنقصا وهذا مفقود وفي الثانية فلو لم يصح لم يصح المضاددة الحقوق وحقوق الخلع لا ترجع الى الوكيل اذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم معناه او لقنها ابرأتك من نفقة العدة قيل يصح والاصح لا يصح لان التفويض كالتوكيل لا يتم الا بعلم الوكيل والابراء عن نفقة العدة وعن المهر وان كان اسقاطا لكنه استقاط يحتمل الفسخ فصار شبه البيع والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا ما يقع قال ابو حنيفة من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت ابرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال في فوره طلقتك وهي مدخول بها يقع بائنا لانه بعوض واذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت في العدة لانها لم يكن لها حق حال الخلع فقد ظهر ان تسميته كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف الى القائم لها اذ داك وبعض النساء فيه لا يصح هذه للجهالة وهذا عندنا عموم الاجمال ولو تزوجها على الف ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانيا على الف آخر ثم اختلعت منه على مهرها لا يبرأ الزوج الا من الثاني دون المهر الاول ولو جاء رجل الى آخر فذكر انه وكل امرأته في خلعها فخلعها على الف فانكرت التوكيل فان كان ضمن المال الزوج وقع الطلاق وعليه البدل وان لم يكن ضمن فان صدقها الزوج على انها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال وان لم يدع ذلك لا يقع الطلاق لانه ظهر ان الخلع موقوف على قبولها فان كان الزوج باع منه تطليقة بالف فقال الصغار يقع الطلاق ضمن له المهر ولا لان لفظة الشراء لفظة الضمان وقال ابو بكر الاسكاف هذا والخلع سواء وعليه الفتوى ولو ادعى الرسالة من امرأة الرجل اليه في ان يطلقها او يمسكها فقال الزوج لا امسكها بل طلقتها فقال الرسول ابرأتك من جميع ما لها عليك وطلقها فانكرت المرأة امره وبالابراء والرسول يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها او وكالتها اياه كذلك وقع وهي على حقها وان لم يدع فان كان الرسول

باب الظهار

قال ابراهيم من حقها عليك على ان تطلقها فالطلاق غير واقع لان وقوع الطلاق بالمهر موقوف على اجازتها وان لم يقبل على ان تطلقها فالطلاق واقع وهي على حقها وهذه في امر الحكمين لما كان بسبب اخذ المشاقة وجب ان كل امر الحكمين فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى قال الله عز وجل وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما فضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين وقيل للحكمين ايضا وقيل الضميران للزوجين والاول ان يكون الحكمان من اهلهما كما ذكره الله سبحانه وتعالى وانما كان ولي لانهما اخبرا بباطن امرهما واتفق عليها وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يشترط كونهما من اهلهما الا ان لا يوجد من اهلهما من يصلح لذلك وقولنا المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الاصح واحمد وهو قول علي وقتادة والحسن وابي ثور وقال مالك قولهما في ذلك نافذ من غير توكيله وهو قول الاوزاعي واسحاق وروي عن عثمان وعلي قلنا ليس للحاكم ان يطلق ولا يبرئ من مالها فكيف يفعل ذلك نائبه وفي احكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يفيدها الزوج فان انتهت والا بحرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع امرها الى السلطان فيبعث حكما من اهله وحكما من اهلها وايهما كان اظلم رده الى السلطان فاخذ فوق يده كالمعين والمجبوب والحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقوقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما ان يجمعا ولا ان يفرقا بغير امرهما وما زعم اسمعيل المالكي عن ابي حنيفة واصحابه لم يعرفوا امر الحكمين انما هو بالغفلة لعدم العلم والاولى بالانسان حفظ اللسان وما قال الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية بقبول قولها عليهما واحكامهما يمضيان امر الزوجين فاذا قصد الحق وفقهما الله للصواب اذ هما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما وكلاهما ورد عن السلف ان فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما اذ لم يمضوا على انه جائز بغير رضى الزوجين وهذا لانه غير جائز لهما ان يطلقا امرأة الغير بغير اذنه ولا ان يدفعا مالا بغير اذن صاحبه بخلاف قضاء دينه اذا امتنع منه لان ذلك ايصال الحق الى مستحقه ولا حق للزوج في مالها قال تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان يكون تجارة عن تراض منكم وقال عز من قائل امر مسلم الا بطيب من نفسه الحكمان نبها بقبضا الاصلح وليعلما اظلم الظالم منهما فينكر اعليه ظلمه فاذا لم يقبل اعلما الحاكم ليدفع ظلمه فالحكمان شاهدان في حال وقاضيان في حال اذ فوض اليهما

وقول من قال ليس فان وتحكيمان من غير توكيل غير مقبول عندنا وليس ما روي عن علي رضا شاهد في ذلك

باب الظهار مناسبة بالخلع ان كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا وقدم الخلع لانه اكمل في باب التحريم اذ هو تحريم يقطع النكاح وهذا يرجع بقائه والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح ان يراد به معان مختلفة ترجع الى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الاعراض فيقال ظاهرت اذا بلت الظهر بقطرة حقيقة واذا غايظته ايضا واذا لم تبال ايره حقيقة باعتبار ان المغايظة تقتضي نبذه المقابلة وظاهرته اذا نصرته باعتبار انه يقال قوي ظهره اذا نصره فظاهر من مراته واظهر وتظاهر اظاهر وظاهر اذا قال لها انت علي كظهر امي فظاهر بين ثم بين اذا لبس احدهما فوق الآخر على اعتبار جعل الراكب على كل منهما الآخر ظهرا للمركوب وغاية ما يلزم كون لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازا وكونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا ايضا وانما عدي بمن مع انه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لانه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل الظهر هنا مجاز عن البطن لانه انما يركب البطن فكأنه امي اي كبطنها بعلاقة المجاورة ولانه عمود ولكن لا يظهر بما هو اصادف عن الحقيقة بمثل النكاح وقيل خص لظهر لان اتيان المرأة من ظهرها

وإذا قال لرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطيها ولا تقبيلها عمدا أو لا تقبيلها عمدا يكون ظهارا لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار الركن طلاق الجاهلية تقرر الشرع اسما وحكما كما ذكرنا وهو بالكاف والميم بلفظ

كان حراما فاتيان امه من ظهرها احرم فكثر التشبيه فيه في الشرع هو تشبيه الزوجة او جزء منها شائع او معبر به عن الكل بما لا يحل النظر اليه عن المحرمة على التابيد ولو برضاع او صهرية وزاد في النهاية قيد الاتفاق احترازا لو قال انت علي مثل فلانة فلانة من زنى بها او منتهاه لم يكن مظاهرا وسنذكره انشاء الله تعالى ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر او غيره مما لا يحل النظر اليه وانما خص باسم الظهر تغليبا للظهر لانه كان الاصل في استمتاعهم وشرط في المرأة كونها زوجته وفي الرجل كونه من اهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمي كالصبي والمجنون وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه وحكمه حرمة الوطي ودواعيه الى وجوب الكفارة به واختلف في سببه وجوبها فقال في المنافع تجب بالظهار والعود لان الظهار كبيرة فلا يصلح سببا للكفارة لانها عبادة او المناسب فيها معنى العبادة ولا يكون المحظور سببا للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو امساك معروف فيكون واسطة بين الحظر والاباحة فيصح سببا للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة وقيل وسبب وجوبها العود وقيل شرط ونظم الآية يحتمل الوجهين قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الخ يمكن كون ترتيبها عليهما او على الاخير لكن ان كان المكن البساطة صيرا اليها لانها الاصل بالنسبة الى التركيب فلذا قال في المحيط السبب وجوبها العزم على الوطي والظهار شرط وهو بنا على ان المراد من لفظ العود في الآية العزم على الوطي واعترض بان الحكم يتكرر بتكرر سببه لا الشرط والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وكثير من مشائخنا على انه العزم على اباحة الوطي بناء على ارادة المضاف في الآية اي يعودون لضد ما قالوا او لمدار كه نزل المقول منزلة القول ويرد عليه ما يرد على ما قبله وبذا بناء على عدم صحة ارادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود والليثيون الذين يريدونها فان ظاهرها عدم تعلقها بتكرره ويزان بمجرد العزم لا تتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه في المبسوط حتى لو ابانها او ماتت بعد العزم لا كفارة قال فهذا دليل على انها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم فاذا اراد رفعه وجب عليه في رفعه الكفارة عندنا كما تقول لمن اراد الصلوة النافلة يجب عليك ان صليتها ان تقدم الوضوء وعند الشافعي رح وهو سكوته بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها ورد بان شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الامساك عن طلاقها جناية وانى يكيف يكون الامساك عن طلاقها جناية اذ قد يكون لتيقني في امر الكفارة وتحصيلها او للتروي في طلاقها او التكفير فلا يكون مجرده بعد الظهار جناية فلا ينتفض سببا للكفارة واعلم ان هذه الحرمة لا ترفع الا بالكفارة لا تملك ولا تزوج بآخر حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر لو كانت امة فملكها بعد ما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيها وللمرأة ان تطالبه بالوطي وعليها ان تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وعلى القاضي ان يجبر على التكفير دفعا للضرر عنها بحبس فان ابى ضربه ولا يضرب في الدين فلو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب والفاظه صريح وكناية وسياتي وسبب نزول شرعية قصة خولة او خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي اوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم اشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادل في فيقول اتقي الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى الفرض فقال ليتق رقبة فقلت لا يجد فقال ليصم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ما عنده شيء يتصدق به قال فاني سامعينه بفرق من تمر قلت يا رسول الله واني سامعينه بفرق آخر قال قد احسنت قال فاذهبي واطعمي بها عنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك قال والفرق ستون

وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطئ لو حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار فانه وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شئ عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر

مما عاد رواه ابو داود وقيل هو مكيل يسع ثلاثين صاعا قال ابو داود وهذا اصح وفي الحديث الفاظ آخر رواه ابن ماجة وغيره

قوله اذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه وعن محمد للمظاهر ان يقبلها اذا قدم من سفر للشفقة وكذا لو قال انت مني كظهر امي او انت عندي او معي وكذا اذا قال انا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ومتى الحق ولفظ المشية لا يثبت ولو قال انت علي كظهر امي ان شاء الله تعالى لم يلزمه شئ ولو قال ان شاء فلان فالمشية اليه **قوله** وهذا اي بثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة لانه اي الظهار جناية كبيرة محضة لكونه منكرا من القول وزورا بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاعها بالكفارة **قوله** ثم الوطئ اذا حرم حرم بدواعيه تقييد هذه العبارة ان هذا هو الاصل او طريق المحرم محرم على هذا استمر في الاستبراء والاحرام والاعتكاف وثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيض وكان صلى الله عليه وسلم يقبل احدى نسائه وهو صائم وفي حديث عائشة رضي الله عنها كان يامرني بان ازر فيباشرني وانا حائض فوجب البحث عن حكمة الفرق شرعا بين هذه الامور لينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضي الفرق تحريم الدواعي فيه كما قلنا نحن ومالك وهو قول الزهري والاوزاعي والنخعي وقول الشافعي ورواية عن احمد لان حرمة الوطئ بنص قوله تعالى من قبل ان يتماسا وهو كناية عن الجماع فلا تتناول غيره او تخليلها كما قال الشافعي واحمد في قولها الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعي في الصوم والحيض لكثرة وقوعها وقوع ضدها من الفطر والطهر فمن كثرة وقوعها يلزم الحرج بمنع الدواعي ومن كثرة وقوع الضدين الطاهر في كثرة وجود الجماع ينتفي لزوم شرع الزواجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعي بخلاف الظهار والاستبراء والاحرام لانكرة بالنسبة الى كل شخص شخص فاستمر على الاصل وتقدم له في الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم في حرمة الدواعي فيه لا في الصوم بان الجماع محظور الاعتكاف والاحرام بخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه وقرره بما حاصله ان الفرق للفرق بين التحريم الثابت في ضمن الامر والتحريم الثابت بالنهي لما كان الثاني اقوى بسبب ان النهي تناوله مقصودا فيقتضي الى الدواعي بخلاف الثابت في ضمن الامر فانه لم يتعلق به نهي اصلا بل طلب شئ يستلزم وجود عدم ذلك فجرم ذلك لتاديته الى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد الى دواعيه فافترق الحال بين الاستبراء والاحرام والاعتكاف وبين الحيض والصوم لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهي قال تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد ولا رفث ولا فسوق نفي مستعار للنهي لتاكيده وقال صلى الله عليه وسلم الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وقال تعالى في الاخريات فاعتزلوا النساء في المحيض ثم امتوا الصيام ولما كان هذا يقتضي عدم حرمة الدواعي لان المذكور في الآية الامر بالكفارة قبل التماس وهو قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فانه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المامور به وهو الكفارة قبل التماس مع انه يقتضي حرمة الدواعي في الحيض لان اعتزلوا هو بنفس معنى النهي حتى انهم لم يمتثلوا للنهي عن البيع وقت النداء الا بقوله تعالى وذروا البيع ولم يسموه الا منهيا عنه وهو صحيح لان النهي لنفس طلب الترك حدل الى ما ذكرنا والتحقيق ان الدواعي منصوص على منعها في الظهار والمذكور في وجه الفرق انما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكرنا ما وجه كونها منصوصا على منعها فان قوله تعالى من قبل ان يتماسا لا يوجب فيه للحمل على المجاز لامكان الحقيقة ويحرم الجماع لانه من افراد التماس فكل من القبلة واللمس والجماع افراد التماس فيحرم لكل النص

لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لبينه عليه السلام
قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي
او كفخذها او كرجلها ونوى الظهار ليس الا لان تشبيه الحلالة بالحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا ان شبهها بامرأة لا يحل
النظر اليها من المحارم مثل اخته او بنته او امه من الرضاعة لان هذا في التحريم المؤبد كالام وكذلك اذا قال رأسك

نظهر فسار قول المؤلف والله تعالى سبحانه اعلم قوله لعموله عرم روى اصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس ان رجلا ظاهر من امرأته فوقع
عليها قبل ان يكفر فقال عرم ما حملك على هذا قال رأيت خلخالها في ضوء القمر وفي لفظ بياض ساقها قال فاعتزلها حتى تكفر وفي لفظ ابن ماجة
فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وامره ان لا يقربها حتى يكفر قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب ولعل كون هذا الحديث صحيحا رده المنذري
في مختصره بانه صح الترمذي رجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض وروى الترمذي عن ابن اسحق الى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضي عن النبي
صلى الله عليه وسلم في المظاهر يواقع قبل ان يكفر قال كفارة واحدة وقال حديث حسن غريب واما ذكر الاستغفار في الحديث والله اعلم به وهو ظاهر
من الموطأ من قول مالك ولفظه قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل ان يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك احسن ما سمعت
قوله لو كان شيء آخر واجبا لبينه عليه لانه مقام البيان وتاخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم ان المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب
كفارتان كما نقل عن عمر وابن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصري والنخعي **قوله** وبهذا اللفظ
اي قوله انت علي كظهر امي لا يكون الا ظهارا وان نوى به الطلاق او الايلاء او قال لم اعن شيئا لانه صريح فيه وانما اليه اتباع المشروع لا تغييره
وبهذا يعلم ما قلنا وما في الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال اردت به الخبر عن الماضي كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى
كذا في التحفة ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لا يستلزم نفي صحة ارادته به احتياج الى الجواب وهو كلفظة انت طالق جعل شرعا
لوقوع الطلاق على المخاطبة ويصح ان يراد غيره ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة **قوله** ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة اللام فيهما
للعهد اي المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التابيد لانها المعهودة تان فيما سبق من ذكرها **قوله** وبهذا المعنى يعني تشبيه المحلل بالمحرمة يتحقق
في التشبيه بعضو لا يحل النظر اليه على التابيد لما كان الظهار كلا تشبيها مشتملا على المشبه والمشبه به اوجب اعتبار ظهاريتها في
المشبهة ان تذكر شائعا او جزء شائع منها او جزء معين يعبر به عن جملتها كالراس والرقبة والفرج والوجه وتقدم بيان التعبير بهذه
عن الكل في الطلاق والنصف والثلث في الاول وفي المشبه بها ان تذكر بما او عضو منها لا يحل النظر اليه على التابيد الا ان مع ذكر
ينوي كما سياتي اذا عرفت هذا فعبارته اعني قوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها الى قوله مثل اخته وعمته امه من الرضاع ليست جيدة
لان ظاهرها حرمة النظر الى هو لا من الرضاعة وانما المعنى اذا شبهها بجزء لا يحل النظر اليه فلو قال انت علي او راسك او وجهك او رقبتك
او فرجك او نصفك او سدسك كظهر امي او خالتي او امرأة جني او كفرجها او بطنها او فخذها او اليتها كان ظهارا ولو قال يدك او رجلك
او شعرك او ظفرك او سنك او بطنك او فخذك او جنبك او ظهرك كظهر امي او فرجها الى آخر ما ذكرنا لم يكن ظهارا الان هذه الاشياء يجوز
النظر اليها ومسها بغير شهوة ولو قال انت علي او راسك الى آخر ما قلنا كيد امي او جنبها الخ لم يكن ظهارا الا ان يقصد من جهة المشبه بها كذا
لو قال يدك او رجلك الخ على كيدها او كرجلها الخ لا يكون ظهارا للانتفاع من الجهتين واذا حكمت ملاحظة الاصابين اخرجت فروعا كثيرة من
تفريق ما جمعناه مثل فرجك كفرج امي وفرجك كفخذ امي يكون ظهارا بخلاف كفرجها لا يكون ظهارا وجه الاعتبار في المشبه يكون العضو هو ما
يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما حال عليه في الطلاق لانها هي الحرمة كما لمطلقة منك وقد يبنى به منك وفي المشبه بها يكون النظر حالا لا يحل
النظر اليه من المحرمة ما ذكره بقوله لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة الخ وقد تممناه في اول هذا البحث **قوله** لانهن اي امه وعمته واخته

على كظهر امي او فرجك او رجلك او يدك او نصفك او ثلثك لانه يعتبر بها عن جميع البدن وثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

من الرضاع في التحريم المؤبد كالام بخلاف قوله انت علي كظهر عمتك او اختك لان حرمتهن ليست على التابيد بل موقتة بانقطاع عصمته لها ثم المراد تابيد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله لا باعتبار وصف يمكن زواله فان المجوسية محرمة على التابيد ولو قال كظهر مجوسية لا يكون ظهارا ذكره في الجوامع لان التابيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرها لا يقال يرد على اشتراط تابد الحرمة ما لو ظاهر من امرأته ثم قال لاخرى انت علي مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موت احداهما والتكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التابيد لان ثبوت الظهار في هذه انما هو باعتبار تضمن قوله لها انت علي كظهر امي لان تشبيهها بمن قال لها ذلك انما هو في ذلك فالظاهر الظهار فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها وكذا لو كانت امرأة رجل اخر فظاهر زوجها منها فقال انت علي مثل فلانة ومثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها وفي التحفة لو شبه بامرأة محرمة عليه في الحال وهي ممن تحل له في حالة اخرى مثل اخت امرأته ومثل امرأة لها زوج او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهرا لان النص ورد في الام وهي محرمة على التابيد وقد علمت ان هذه كنايات فلا يكون ظهارا ولا ايلاء الا بالنية وبعد اشتراط تابيد الحرمة هل يشترط الاجماع عليها شرطه في النهاية ليخرج ام المزني بها وبنتها لانه لو شبهها بها لم يكن مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوي لكن الخلاف منقول في هذه فمنهم من قال عند ابي يوسف رح يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بجوازها عند محمد ينفذ خلافا لابي يوسف فمنهم من قال عند ابي حنيفة وابي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم محل كنكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة مجمعا عليها او لا بل الكون بحيث يسوغ فيها الاجتهاد او لا وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الاجماع او النص الغير المحتمل للتاويل بين غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد وان كانت المعارضة ثابتة في الواقع ولهذا يختلف فيما يكون المحل مسوغا فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطي وعدمه حيث قال لو قبل امرأة او لمسها بشهوة ثم شبه امرأة بنتها لا يكون مظاهرا عند ابي حنيفة ولا يشبه هذا الوطي لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها وفي الدراية في كظهر اختي من لبن الفحل لا يصير مظاهرا من غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التابيد كما هم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد وفيها في ان مع حرمتها عموم نص يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله عز وجل واخواتكم من الرضاعة لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع والثاني انما يفيد ثبوت اختية بنت الفحل من غير لزوم الالتزام ومثله رايت لو شبهها بامرأة الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع ان ابا يوسف يرى تابد حرمتها للتسويغ الاجتهاد واما ان اراد من ارضعها نفس الفحل بان نزل له لبن فلا اشكال لكنه بعيد لان عادتهم في اطلاقه فلانة لا اختية هناك حينئذ واشكل ما ذكره في الدراية ايضا نقلا عن شرح القدوري ثم في البوه بامرأة وابنه قبلها بامها او ابنتها يصير مظاهرا عند ابي يوسف فلا ينفذ عنده حكم الحاكم بجوازه وعند محمد رح لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحاكم وهذا اشكل لان غاية الامر ثبوت الاب والابن كما مر زوجة الاب والابن ولا تحرم ام زوجة الاب على الابن ولا ام زوجة الابن على الاب فليس التشبيه بها محرمة ولم يشبه بظهر ابيه او قربه او بظهر اجنبي لم يكن مظاهرا ولو شبهها بفرج ابيه او قربه قال في المحيط ينبغي ان يكون مظاهرا او فرجها في الحرمة كفرج امه وفي كافي الحاكم امرأة لا تكون مظاهرة من زوجها من غير ذكر خلاف وفي الدراية لو قالت هي انت علي كظهر ابي وانا عليك كظهر امك لا يصير الظهار عندنا وفي المبسوط عن ابي يوسف وعليها كفارة

ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لانه كشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاشترط الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بكلام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح كاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رح يكون ظهارا لان التشبيه ببعض منها كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رح هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد رح ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لكمال التشبيه والطلاق لكمال التحريم والتشبيه تاكيد له ولو لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رح ايلاء وعلى قول محمد رح ظهار

يمين وقال الحسن بن زياد هو ظهار وقال محمد ليس بشيء وهو الصحيح وفي شرح المختار كحكي خلاف ابي يوسف والحسن على العكس وكذا في غيره وفي الينابيع والروضة كالاول قال هو يمين عند ابي يوسف ظهار عند الحسن ولو ظاهر من امراته ثم اشترك معها اخرى كان مظاهرا منهما

قوله ولو قال انت علي مثل امي الخ هنا الفاظ انت امي مثل امي كامي حرام كظهر امي ففي انت امي لا يكون مظاهرا وينبغي ان يكون مكروها فقد صرحوا بان قوله الزوجته يا اختيه مكروه وفيه حديث رواه ابو داود وعن ابي تميمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامراته يا اخية فكره ذلك ونهى عنه ونحن نعقل ان معنى النهي هو انه قريب من لفظ تشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار ولولا هذا الحديث لامكن ان يقال هو ظهار لان التشبيه في انت امي اقوى منه مع ذكر الاداة ولفظ اخيته في يا اخيه استعارة هذا اشتباك وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث المذكور افاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم انه لابد في كونه ظهارا من التصريح باداة التشبيه شرعا وينبغي ان يقول لها يا بنتي او يا اختي ونحوه وفي مثل امي او كامي ينوي فان نوى الطلاق وقع بانا كقوله انت علي حرام وان نوى الكراهة والظهار حكما لتنوي انها في الكنايات واذا دار انه كناية في الظهار فعلم ان صريحه يكون التشبيه ببعضو وان لم تكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وهو ظهار عند محمد وجه قوله ان المعنى الذي لاجله اللفظ الظهور لوجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غير انه عدل عنه فيما اذا كان له نية شيء يصح ارادته من اللفظ الى ذلك المنوي تصحيحا للارادة وجعل على بعض عند في الكرامة وذلك لان المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ انت عند بي مثل امي او كامي فحين لم يعبر فيه عن مقتضاه نية على وجه في نفسه ولها ان معنى كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بالكل اذا كان التشبيه به ابتداء وفيما اذا كان التشبيه بكلا ما بقي مجملا في حق جهة التشبيه فالم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشيء خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ولا يجوز الزام المسلم المعصية من غير قصد اليها والا لفظ صريح فيها وما امكن صون تصرفاته عنها وجب اعتبارا وذلك في حقه ان نوى به التحريم لانه غير فالمصير الى ما فيه خلاف بينهما فلذا يغير فعند محمد ظهار لانه بكاف التشبيه امي او كامي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا انه حقيقة وقد نوى به الايناء فيه فان المرتبة موجب الظهار فثبت المنوي في ضمن المعنى يحقق في الكلام عنا بي يوسف ايلاء بناء على ما مر كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيثبت الثابت به لا يتعدى المنوي وتحريما مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الايلاء ولان الايلاء اذ في المرتبتين من حيث السبب والحكم وهو اخرا بالسبب نفسه وهو الظهار فكبيرة محضة والايلاء في نفسه من حيث هو يمين ليس بمعصية بل باعتبار امر آخر يفضي الى الحنث فالكفارة فيه اخلط من حيث قدر بالاطعام والصيام فيه بستين مسكينا وهو ما والايلاء الآخر هي ان حرمتها في الايلاء لا يثبت في الحال فانه وان حلف ان لا يقربها فالشرع طلب منه ان يحنث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثا فما دامت في العدة رجع عادت بلا ايلاء في حق وقوع الطلاق بمضي المدة بين في حق لزوم الكفارة اذا وطئ وكان الايلاء موجودا وفي الظهار يثبت في الحال ثم يتمادى الى الاداء ثم لا يحل منها شيء آخر حتى يكفر اولا ولو طاعرا ثلثا والباقي بحاله يعود بالظهار ولا تحل بالعود ما لم يكفر وكذا لو كفر بان كانت امته فاشتراها او نفسخ العقد لا تحل بالعود ما لم يكفر ومنهم من قال الاصح انه ظهار عند الكل لانه تحريم موكد بالتشبيه وينبغي ان يكون هذا غاية طيبي على قوله انت علي حرام كامي وليس الكلام فيه بل في مجرد انت كامي وفي انت علي حرام كامي فانما لم يختلفوا ان الطلاق بانا ظهار لا لان تصريحه بالحرمة فيها اولا وثبت فان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار وههنا تجب الاشارة على قاضي خان انه ينبغي ان لا يختلف في كونه ظهارا

والوجهان بيناهما وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى به طلاقا وايلاء لم يكن لا ظهارا عند ابي حنيفة رح وقالا هو على ما نوى لان التحريم محتمل كل واحد على ما بيناه خيران حسن مجرد اذا نوى الطلاق كما يكون ظهارا عند ابي يوسف رح يكونا جميعا فيه عند ابي حنيفة رح انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيما رد اليه التحريم اليه **قال** ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق والطلاق في المملوكة نادر وحمل امرأته على نادر هو تغيير لها فظاهر منها ثم جاءت النكاح فالظهار باطل لانه ساد في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار الا بهن فصار كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة يتعدد بتعدد ها بخلاف الايلاء منهن كان الكفارة فيه لصيانة محروسة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

لانه تحريم موكدة بالتشبيه **قوله** والوجهان بيناهما يعني فيما قبلها يعني قوله من جهة ابي يوسف ليكون الثابت اذن في الحرمتين ومن جهة محمد ما ذكر في قوله انت علي حرام كظهر امي بخلاف نعنده لا يكون الا ظهارا سواء نوى طلاقا او ايلاء او لم ينو شيئا وقالا هو على ما نوى ظهارا او طلاقا او ايلاء وان لم يكن له نية فظهار لان التحريم يحتمل كل ذلك فاذا نوى الطلاق او الايلاء يكون قوله بعده كظهر امي تاكيدا له لا مغيرا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا معه لانه عنده يقع بانتا بانت حرام ولا يمكن اثبات الظهار بعده بكظهر امي وعند ابي يوسف يكونان فيقتل لا بلفظ حرام اذ لا يراد به اللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل بلفظه وهذه رواية عنه في صحة الظهار من المبانة وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ لانه صريح فيه والطلاق باعتراضه بنية كما اذا قال من له امراة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال عنيت اخرى يقع عليها في الاخرى باعتراضه وفي المعروف بصريح اللفظ في القضاء فانه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لانه خلاف الظاهر وهذا يقتضي ان وقوع الطلاق والظهار فيما اذا قال عنيت الطلاق عنده انما هو في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع ما نوى وفي شرح الكنز ولو نوى الايلاء ينبغي ان يكون ايلاء وظهارا اظهارا بالاتفاق لعدم التنافي **قوله** وقد عرف في موضعه يعني المبسوط وللبي حنيفة انه اي لفظ كظهر امي صريح في الظهار محكم فيه ولفظ حرام محتمل فيه فرد اليه اذا اقترن معه **قوله** حتى لو ظاهر من امته موطوءة كانت او غير موطوءة لا يصح وهو مذهب الشافعي واحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين خلافا لمالك والثوري في الامة مطلقا ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهري في الموطوءة لنا ان النص يتناول نسائهم بقوله تعالى من نسائهم والامة وان صح اطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الاطلاق لا يستلزم الحقيقة لان حقيقة اضافة النساء الى الرجال انما تتحقق مع الزوجات لانه المتبادر حتى يصح ان يقال هو لاء جواريه لا نساؤه وحرمة بنت الامة الموطوءة ليس لان امها من نسائها مرادة بالنص بل لانها بنت موطوءة وطيا حلالا عند الجمهور وبهذا القيد عندنا على انه لو اريد بالنساء هنا ما تصح به الاضافة حتى يشمل المعنى الحقيقي ومن الزوجات والمجازي اعني الاماء بعموم المجاز لا مكن للاتفاق على ثبوت ذلك بحكم في الاماء لثبوته في الزوجات اما هنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا ايضا يثبت بطريق الدلالة لان الاماء ليس في معنى الزوجات لان الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد ولا من الملك حتى يتتابع حكمه في الامة المجوسية والمرضعة بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحل الحل ولان القياس ان لا يجب هذا التشبيه الذي هو كذلك سوى التوبة ورد الشرع بثبوت التحريم فيه في حق من لها حق في الاستمتاع ولا حق للامة فيه يبقى فيها على اصل القياس ولان الظهار كان طلاقا فنقل عنه الى تحريم معنيا بالكفارة وهو لا طلاق في الامة وليس هذا الوجه بشيء للمتامل **قوله** لانه صادق في التشبيه وقت التصرف والتشبيه انما انعقد سببا للتحريم المبني حين كان كذبا محضا فلا يترتب بقي ان يقال فليتوقف على الاجازة كما يتوقف نكاحها على الاجازة فان اجازت ظهر انه كان التشبيه الممتنع اجاب عنه بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف لان عقد النكاح حلال والظهار حرام فتبينا فيها بخلاف المعتق مع الملك فلا يتوقف فلا يثبت الظهار بعد الاجازة بخلاف اعتاق المشتري للعبد من غاصبه لان الاعتاق حق من حقوق الملك يعني يثبت بالملك حتى ان يتبين اذا شاء فيتوقف يتوقف وينعقد بنفاذه ولا يثبت بملك النكاح وذلك بل يبطل منه عنه وان كان لو قال لزمه حكمه فاذا اجاز الملك بيع الغاصب عتق **قوله** ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا بلا خلاف لانه اضاف الظهار اليهن فكان كما اذا ابانها الطلاق اليهن يطلقن جميعا وانما الخلاف في تعدد الكفارة فعندنا وعند الشافعي يتعدد بتعدد من اي كل من اراد وطيها وجب عليه تقديم كفارة وبه قال الحسن والزهري والثوري وغيرهم وقال مالك واحمد كفارة واحدة

فتح القدير سابع هداية

فصل في الكفارة **قال** وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا لان الواجب فيه ما ذكرنا **قال** فيجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير الكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك

وروي ذلك عن عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى في الايلاء قلنا الكفارة لرفع الحرمة وهي متعددة تتعدد وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد بخلاف ما لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين او اكثر في مجالس او احد او مجالس حيث تكرر الكفارة بتعدده الا ان نوى بما بعد الاول تاكيدا فيصدق قضاء فيهما لا كما قيل في المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لان حكم الظهار بينه وبين الله تعالى وما ثبت بالظهار الاول حرمة موقتة فكيف يتكرر الحرمة بتكرار الظهار بينه وبين الله تعالى وما هو الا تحصيل الحاصل اذ حاصل بالاول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك حل المحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع اسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم بعينها بالاول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك حل المحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع اسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم بعينها ولصومه ويمينه وهذا لا يرفع سؤال تحصيل الحاصل الا ان يلتزم ان يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في اسباب الحدث على ما تقدم في الطهارات **فروع** لا يصح ظهار الذمي وبه قال مالك خلافا للشافعي واحمد كالايلاء وهي رواية البراكمة عن ابي حنيفة والاول رواية الاجل لنا قوله تعالى والذين يظهرون منكم من نسائهم والكافر ليس منا والحاقه بالقياس متعذر لان الظهار جناية حكمها تحريم يندفع بالكفارة وشرك الكافر يمنع من رفع اثر الجناية عنه بالكفارة مع انه ليس من اهلها لانها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريما مؤبدا وبعده الكافر يمنع من رفع اثر الجناية عنه بالكفارة مع انه ليس من اهلها لانها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريما مؤبدا وبعده غير حكمه بالنص ولانه لا يقدر عليها على رأيكم اذ لا يقدر على ملك رقبته مؤمنة والفائت قيد الايمان في حقه بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا اجماع على ذلك ليكون كالغائه في اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وما اجيب به من انها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه انها يفتقر الى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة وما وقع به من افتقارها اليها كافتقار الكنايات اليها وليست عبادة مدفوع بانه قياس بلا جامع لان افتقار الكنايات اليها ليتعين احد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقار الكفارة ليقع عبادة والا فلما اذا والفرق بين الظهار والايلاء على قول ابي حنيفة حيث اجاز ايلاء الكافر خلافا لصاحبيه ان حكم الايلاء امران وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق في حقهم لانهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فيعتقد منهم نظرا الى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطء اقتضى حكم البر وتعذر التكفير ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا لم يجز ولو ظاهر يوما او شهرا صح لتقييده ولا يبقى بعد مضي المدة ولو علق الظهار بشرط ثم ابانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الابانة المعلقة على ما سلف ويصح بشرط النكاح فاذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت علي كظهر امي فتزوجها لزمه حكم الظهار ولو قال ان ملكت عليك ظهر امي في رجب رمضان كفر في رجب اجزأه عنهما ولو ظاهر فجز ثم افاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائدا بالافاقة خلافا لاحمد وجهين للشافعية

فصل في الكفارة **قوله** عتق رقبة اعتاقها فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة تقارنا الموت الموروث لا يجزيه عنها **قوله** وكذا في الاطعام يعني يجب كونه قبل المسيس كاخويه والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فعلله والحقه بهما وحاصله عقليته ان الكفارة منهية التكفير على ايجابها قبل التماس وهذه الكفارة مثلها فيجب كونه قبل التماس على ما قدمنا رواية من الحديث الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم للذي واقع قبل التكفير اعتزلها حتى تكفر مطلقا من غير تفصيل فيجب اجراؤه على اطلاقه لا يقال هذا كلية تترا آمي انه زيادة على اطلاق النص بالجر والقياس هو الجواز وذلك لانه مع قيد التحرير يكون قبل المسيس فقال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ثم اعاد القيد الذكور مع الصيام فقال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا ثم اطلق الاطعام عنه بقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فلو اريد التقييد في الاطعام لذكر كما ذكر فيهما بل تخصيص

من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه إلى العبد والله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق وقصد به من الإعتاق التمكن من الطاعم مقارنة للمعصية يحال به على سوء اختياره ولا يجزئ العمياء والمقطوعة اليدين والرجلين لأن الفائت جنس المنفعة وهي البصر والبطش والمشي وهو مانع أما إذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحد الرجلين من خلاف لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس المنفعة المشي إذ هو عليه متعذر ويجوز الأصم والقياس أن لا يجوز وهو رواية النوادر لأن الفائت جنس المنفعة إلا أنا استحسنا الجواز لأن أصل المنفعة باق فإنه إذا صيح عليه يسمع لو كان بحال لا يسمع أصلا بأن ولد أصم وهو الأخرس لا يجزيه

بالإطلاق بعد ما نص عليه على تكرير القيد مع أن التخصيص غير مكتف به فتقييد وفي التحرير والعموم قرينة قصد الإطلاق فيه وما قيل ذكره مرتين تنبيه على إرادة تكريره مطلقا إذ هو وضع لتوهم اختصاصه بالخصلة الأولى أو اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالأخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو أعاد معها بعدها فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ثم هو معارض بما قلنا من أن تخصيصه بالإطلاق بعد تكرير القيد مع أخويه ظاهر في إرادة انفراده عنها بعض الإطلاق فلا يتخرج على القواعد الا أن يتحقق فيه إجماع في عصر من الأعصار والثابت فيه الآن قولان للشافعي ورواياتان عن احمد لأنا نقول الثابت بالنص اقتران الإطعام شرطا لحل المظاهر منها مطلقا وقد جرينا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراط الحل بكونه قبل المس فيكون زيادة بل أوجبنا ذلك بخبر الواحد والإلحاق بالمقيدين في وجوب التقديم لا في اشتراطه في الحل والأصل وان كان الاقتران فالمتعدي إلى الفرع منه الوجوب لا يقال ح يختلف الحكم في الأصل والفرع لأنا نقول الوصف الذي به زاد الفرض على الوجوب ليس من الحكم فان الحكم هو الإيجاب غير أنه ان كان ثبوته قطعيا سمي فرضا وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتأمل وأما قلنا من عدم اشتراط الحل واعتبار الإطلاق في ذلك قال أبو حنيفة فيمن قرب إظاهر منها في خلال الصوم يستأنف ولو قربها في خلال الإطعام لا يستأنف لأن الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس فطلق في الإطعام ولا يحمل الإطعام على الصيام لأنهما حكمان مختلفان وان اتحدت الحادثة **قوله** من كل وجه متصل بالمتن فلهذا لو أعتق أم ولده ومدبره لا يجزيه عنها بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا وعن ذلك يصح اعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه **قوله** الكفارة حق الله تعالى المشهور بناء الخلاف على ان المطلق هل يحمل على المقيد ولا فائدة لهم وعندنا لا الا في حكم واحد في حادثة واحدة لأنه يلزم ذلك لزوما عقليا إذ الشيء لا يكون نفسه مطلوبا وأدخاله في الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم في كفارة اليمين ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة بمثلها والكلام في تحقيق هذا الأصل فمن غيرنا ولو تسترنا إلى أصلهم لم يلزم من التفريق في الكفارة الأمر الأعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو أخف منه ليكون التقييد فيه بيانا في المطلق وتقريرنا في الكتاب ان الكفارة وهي الإعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى عبد والا ذا الإعتاق يتعلق به تحقق اثره له وهو بخلاف الزكوة والجواب ان هذا لا يعارض إطلاق النص إذا كان مانعا عقليا منه وليس كذلك لجواز ان يأذن الله تعالى في الإحسان والتمليك تقدما على الكافر في الأمور الدنيوية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكوة قال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على أهل الأديان والاتفاق على جواز الصدقة الناطقة عليه ان المقصود منها التقرب إلى الله تعالى فلو لا ان متعلق القربة على الله تعالى يحصل بذلك لم يشرع أصلا ولا يرد العرض على كونه قربة إليه تعالى الا يكون مأمورا به ولا يظهر بوصف المأمور به اثر في منافاة كونه حكما كافرا بعد ما ثبت انه لا ينافي معنى القربة ولو لا الفصل الذي يحصل الزكوة لقلنا بجواز دفعها لفقراء أهل الذمة وهذا لان التقرب بفعل لتحصيل الأجر خوص محل فعله وهو انما يتحقق لتمكنه من الطاعات بالإسلام شكرا لله تعالى على ما انعم عليه من تخليصه من ربقة الرق لا لغير ذلك ثم اقترانه وهو الكفر لسوء اختياره منه على نفسه فظهر ثبوت معنى التقرب باعتاقه هذا وهو يدخل في الكافرة المرتدة والمرتد ولا خلاف في اعتاق المرتدة لأنها لا تقبل واعتاق العبد الحربي في دار الحرب لا يجزيه من الكفارة واعتاق المستأمن يجزيه **قوله** ولا تجزئ العمياء الخ الأصل ان يكون المتحقق كامل الرق مقرونا بالبنية وجنس ما يبقى من المنافع بلا بدل فظهر ان اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب وهذا لان بفوات جنس المنفعة تصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها ولم تعتبر فوات الزينة على الكمال مع انهم اعتبروه في الديات فالزموا القطع الا وتين إنشاء خصتين تمام الدية جوزوا بناء عتق مقطوع عينها إذا كان السمع باقيا وشلل فمن جلت لحيته ولم تنبت لفساد المنبت وما علوه

لا يجوز مقصودا بها في اليمين كان ذا محرم بها فعتق بموت جلس للتفقه ولا يجوز اليمين الذي لا يعقل كالنائم والصبي لا يكون لا يعقل
نائما في نائم الذي يجن ويفيق كان الاحتمال غير راجح وكغير عتق المدبر والمولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذلك الكتابة
الذي أدى بعض بدل الى إنائه يكون بدل بعض لأبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقوله الرق من كل وجه وهذا قبل الكتابة لانقسام مولدية المولد
والتدبير لانهما لا يحتملان الانقسام فلو لحق مكاتبا لم يرد شيئا بخلاف ما قالا فانه استحق الحرية بجهة الكتابة فشابه
المدبر ولان الرق قائم من كل وجه على ما يبينا وقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا ينافيه فانه قد يعجز
للاذن في التجارة الا انه يعود من غير جناية ولو كان مانعا ينفسخ بمقتضى الاعتاق اذ هو يحتمل

في جعل اليمين واللغو والمهزل من ان الفائت منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المالك يعلل به في فوات الرتبة على الكمال
لان باعتبار ذلك لا يصير المرقوق بالكامن وجه بل الحر فمن هذا افترق الحال بين الاعتاق والدية فيه وبتعور الرقبة بقطع
والعور والعيب والشوه والبرص والرمد والخنثى لا مقطوع اليدين او الرجلين او احدى كل من اليدين او الرجلين
من جهة واحدة ويجوز من خلاف اما مقطوع ابهامي اليدين فلما في الكتاب ومثله مقطوع ثلث اصابع غير الابهامين من كل
يد لان الاكثر كالكل وتجوز مقطوع اصبعين غير الابهام من كل يد لاسقاط الاسنان العاجز عن الاكل ولا يجوز المجنون المطبق
لان المنافع كلها في حقه فائتة لان الانتفاع به انما هو بالعقل وانما الذي يجن ويفيق فيجوز عتقه اطلقه في الهداية والمراد اذا
عتقه في حال افاقته وفي الاصح روايتان وما ذكر في الهداية يوفق منه التوفيق بين الروايتين فحمل رواية النوادر الاصح الذي
دل اصح وهو الاخرس فانه لا يسمع اصلا ولا يتكلم ومحل ظاهر الرواية الذي اذا صيح عليه يسمع وروى ابراهيم عن محمد اذا اعتق عبدا
حلال الدم وقضى بدمه عن ظهار ثم عمي عنه لم يجز وفي التجنيس من علامة عيون المسائل اذا اعتق عبدا مريضا عن ظهاره ان كان يرجى
ويخاف عليه تجوز فان كان لا يرجى لا يجوز لانه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الابهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم
ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة لكن الشارع لم يقدرها الا كثيرها من الاصابع وايضا رتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها وذلك ان فوات قوة
البطش لازمه ولا عينه فوات جنس المنفعة بل ضعفها ولا يجوز عتق المدبر وام الولد ويجوز اعتاق المكاتب الذي لم يود شيئا لانه
اوى بعض الكتابة وان شا فعي منعه والحق المكاتب بالمدبر وام الولد يجامع انه استحق العتق بجهة الكتابة فاشبه المدبر وام الولد فنقص
الرق فيه كما نقص فيهما بل هو اولى لعدم الاجزاء منها فانه لو قال كل مملوك في حر عتق مدبره وام ولده ولا يعتق مكاتبه الا بنية
فدل انه انتقص رقا منها وبهذا يبطل قولكم الكتابة انما اقتضت فك الحجر لا غير كالاذن في التجارة ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها
بالمنع من التجارة وهذا كله على وجه الالزام عليه كما في المدبر فان عند بيع المدبر واعتاقه جائز وهو مذهب احمد بناء
على جواز بيعه عندهما خلافا لنا وفي ام الولد على وجه الاثبات عن الكفارة لنفسه ونحن نمنع ان استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ عن تقديرية تحققها
موجب نقصان الرق فان ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا فان حاصل الكتابة تعليق العتق بالاداء ولو علق بسائر الشروط لم
يلزمه نقصان الرق بهذا اولى لان سائر التعليقات لا تحتمل الانفساخ بخلاف هذا ولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وام الولد لم يبين
نقصان الرق فيهما لان ما صل فيهما التعليق العتق بموت السيد وامكان نقصان في رقه لما تصور فسخه وعادته الى الحالة الاولى
لان نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوت من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل وجه وهذا ما يقال حق العتق كحقيقته وهذا
هو الثابت في المدبر وام الولد لثبوت العتق في حقهما بجهة لازمة فظهر ان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في المكاسب لا يكاد نقصانا
في الرق اذ المكاسب غير الرقبة وبه يعلم ان قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم من كتابة رواه ابو داود المراد به كامل في العبودية
والرق وانما لا يستبد المولى بفسخه لانه بدل فالعقد لازم على مولى بخلاف الاذن في التجارة لانه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب في كل
موضع لو عتقه نقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك اعم من محل الرق الا ترى

لانه يسلم له الاكتساب والاولاد لكن العتق في محل مجهة الكتابة لان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب فان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عن ظهاره وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب الايمان ان شاء الله فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر ضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب شريكه فيكون استاقا بعوض وكذا عند ابي حنيفة رح ان خير صاحبه يتنصف على ملكه ثم تحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه جاز لانه اعتقه بكلا ديه والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير ملكه لكن اضجع شاة الاضحية فاصاب السكين عينها فعاوف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رح واما عندهما الاعتاق لا يتجزى فلما اعتق النصف اعتاق الكل فلا يكون استاقا بكلا ديه وان اعتق نصف عبده وهو كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاستاق ان يكون قبل المسيس بالنص في كل مملوك حر للنقصان الملك فيه فلا يدخل الاباقة لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك اعم من محل الرق الا يرى ان الملك يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالامتعة والحيوان غير الآدمي فضلا عن العبد رق في رقبته وملك يجازيه فيها ويتعدى الى غيرها من منافعه واكسابه والكتابة اوجبت الفك في حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لا الرق لكن العتق انما يعتمد الرق لانه لو ارفع الملك ثبت في غير الآدمي ايضا وكان حرا كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المرجح قوله الا انه يسلم له الاكتساب الخ جواب عما قد يقال اعتقه حيث وقع انما يقع شرعا بجهة الكتابة وان عين لسيده جهة التكفير بدليل انه يسلم له الاكتساب والاولاد فعلم انه بجهة الكتابة اجاب بوجهين الاول ان العتق في المكاتب واحد والاعتاق من جانب المولى يختلف جهاته فيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفيما يرجع الى المولى جعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وجعل هبتها في حق الزوج استحصالا لمقصود الزوج عند الطلاق وفي حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة وحقيقة الجامع بينهما اذا حصل عين المقصود فلا يبالى باختلاف السبب ففي مسئلة الزوج نفس حقه ليس الا براءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالى لكونه عن سبب آخر غير الطلاق وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس الا عتقه عند الاداء وقد حصل عنيه الثاني والفسخ الكتابة ضروري اذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لانه تصرف عن عاقل مسلم فيما فيه مانع تحتمل الفسخ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فينظر في حق جواز التحرير للتكفير لا في حق الاكساب لانه لا دلالة على الرفع فيها فيعتق في حقها مكاتبا فتسلم له ولا يلزم من كونه عتق مكاتبا كون عتقه بجهة الكتابة والا لتقرر بدل الكتابة او التسليم المبدل يوجب تقرر البدل قوله وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها هذا في الشراء اما لو ورث احدهما فنوى الكفارة فقد قدمناه ولو وهب له او اوصي له صح الحاصل انه اذا دخل في ملكه بصنع منه اذ نوى عند صنعه ان يكون عتقه عن الكفارة اجزأه والا فلا ولو قال ان دخلت الدار فانت حر ونوى كون العتق وقت دخوله عن كفارته لا يجوز ولو نواه وقت اليمين جاز قوله وضمن قيمة باقيه يعني اعتق ذلك الباقي الضامن يجزء عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز بناء على تجزي الاعتاق وعدمه عندهما لا يتجزى فاعتاق نصفه اعتاق كله غير ان المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه ولا سعاية على العبد حتى يكون اعتاقا ليوضع ولو كان المعتق معسرا لا يجوز بالاتفاق لان على العبد السعاية عندهما فيكون عتقا ببدل وان لم يكن ذلك البدل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المقصود لانه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته وعنده تجزى فاعتق نصيبه من الابتداء ونصف الرقبة ليس برقبة وقد يكون النقصان في الرق في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كما لو ولد ولد المشترك لان عتقها متعلق بالموت بخلاف هذا وبهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالمدبر فصار كانه اعتق عبدا الا شيئا منه بخلاف المسئلة التي بعد هذه فانه اعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فيجوز كمن اضجع شاة ليذبحها اضحية فاصابت سكين عينها فعورت فان قيل الملك في المضمون ثبت مستندا الى وقت وجوب السبب وبه يظهر ان نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الاعتاق وهو اذ ذاك لا نقصان فيه قلنا الملك في المضمون انما ثبت مستندا حتى اضاف المضمون له

والعتاق النصف حصل بعده وعنده العتاق النصف استحسانا لان فصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد الظاهر يلتحق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم النحر ولا ايام التشريق لما التتابع فانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما وجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفة وعمر رضي الله عنه وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستأنف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا فقيامه ذهبنا اليه تقدير البعض فيما قلنا تأخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس فان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف

لاقى حق غيرهما فيتكمن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم يجز ولا يخفى ان التعييب ضرورة اقامة المامور به ليس كالتعييب لصنعة مختارا حتى انه لو فقأ عين الشاة مختارا عند الذبح نقول لا يجزيه فكان المشترك اولى بالاجزاء من العبد المختص لان مالك النصف لا يقدر على حقه الا بطريق تعيب نصفه فجاز له اشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال وجوابه ان المعنى انه حصل بسبب اقامة الواجب وهذا القدر كاف في عدم مانعيته لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن اقامة الواجب الا كذلك فان الشارع لما اطلق له العتق بمرة وبمرات كان لازما انه اذا حصل النقص بسببه مطلقا لا يمنع وعن هذا البحث بعضهم انه تجب الاجزاء في الصورتين فان النقص في الاول ايضا حصل بسبب العتق كالنقص والتعيب وعدمه سواء لانه نقصان حكمي فيستوي فيه العمد والخطأ ولان الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه في الكل عند اعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية واجاب عن قوله انما يستند في حق العناصر والمضمون له دون الكفارة بان النقص لما كان حكميا فسواء وجد في ملكه بين اعتاق نصفه واعتاق باقيه وفي ملك غيره بين الاعتاقين لانه لو كان ينافي كمال الرقبة منع مطلقا وجوابه ان منافاة الكمال لا يستلزم منافاة الاجزاء الا اذا كان في غير ملكه لانه ابدر لحصوله بسبب اقامة الواجب غير انه اذا وقع في ملك غيره وضمنه كان مشتريا ناقص رقا معنى فتعتقه عن الكفارة بخلاف ما اذا وقع في ملكه حيث لا يتحقق فيه الا هدار دون الشراء معنى لنا قص الرق ثم اعتاقه فحيث ابدر كان كانه اعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم اعتق باقيه بخلاف الاول لا يمكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافا الى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فيبطل قدر النقصان فلم يقع عن الكفارة

قوله واعتاق النصف حصل بعده فان قيل كل اعتاق بعد هذا وان كان اعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا من الاجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده ايضا قلنا انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني ويبطل اعتاق ذلك النصف لان الشرط للحل مطلقا اعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الاثم بذلك المسيس ثم لم يكن اعتبار ذلك النقصان من الشرط حتى يكفي معه عتق النصف لان المجموع ح ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت الى ان يوجد الشرط وهو عتق مجموع رقبته قوله واذا لم يجد المظاهر ما يعتق في الجزاء انه لا يصوم من له خادم بخلاف المسكين وقال الشافعي رح والليث يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتباره بالماء المعد للعطش والفرق عندنا ان الماء مامور بامساكه كحاشة الطريق مخصوص عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازي في احكام القرآن ويرد على المسكين وجوابه انه بمنزلة لباسه ولباس اهله بخلاف الخادم وفي الاسبيجابي يعتبر اليسار والاعسار وقت التكفير اي الاداء وبه قال مالك وقال احمد رضي الله عنه والظاهرية وقت الوجوب وللشافعي رح اقوال كالقولين وثالثها تعتبر اغلظ الحالين قوله وكفارته صوم شهرين ايامها بالاهلة اجزاه وان كانت ثمانية وخمسين يوما وان صامها بغيرها فلا بد من ستين يوما حتى لو افطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستيناف قوله فان جامع التي ظاهر منها كونها المظاهر منها قيد في لزوم الاستقبال على قول ابي حنيفة فانه لو جامع زوجة اخرى ناسيا لا يستأنف عنده ايضا كما لو اكل ناسيا لان حرمة الاكل الجماع انما هو للصوم لئلا ينقطع التتابع ولا ينقطع بالنسيان بالنص فلا يوجب الاستقبال بخلاف حرمة جماع التي ظاهر منها فانه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وقد مها على المسيس شرط حلها فبالجماع ناسيا في اثنائه يبطل حكم الصوم المتقدم في حق الكفارة على ما قلنا في الجماع بعد عتق نصف العبد لصدق كون المجموع ليس قبل التماس وكون سبب النسيان لا اثر له في نفي هذا الواقع وعدم افساد الصوم بالنص على خلاف القياس وتقييده بالبلا

وان افطر ستين يوما بعذر او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وان ظاهر العبد لم يخير في الكفارة لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى واطعم عنه لم يجز لانه من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين بسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر فان المتبرد قد يحاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله لو قيمة ذلك من ذهبنا وقد ذكرنا في الزكوة ان اعلى صنفا من بر وشعير ونوعين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذا الجنس متحد وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه

يكونه عائدا ليس لتقييد بل جماعها ليلا عامدا او ناسيا سواء لان الخلاف في وطئ لا يفسد الصوم **قوله** وان افطر منها يوما بعذر كمرض او سفر لزمه الاستقبال بخلاف ما لو افطرت المراة للحيض في كفارة القتل والفطر في رمضان حيث لا تستانف وتصل قضاءها بعد الحيض لو افطرت يوما قبل القضاء لزمها الاستيناف لانها لا تجد شهرين ليس فيهما ايام الحيض عادة وجود شهرين ليس فيهما ايام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيما نفاسها فلذا لو نفست في صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت كما لو حاضت في خلال صوم كفارة اليمين فانها تستقبل لانها تجد ثلاثة ايام لا حيض فيها **قوله** لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا تمليكه اوقعه تعليلا لقوله وان اطعم المولى عنه او اعتق فانه وان معناه انه ملكه وامره ان يعتق ويطعم ليكون هو المكفر اذ الابد من الاختيار من او امر مالكا لشئ به او عنه وان العبد امره ففعل ذلك فانه يتضمن تمليكه ثم اعتاقه عنه واطعامه واعلم ان للسيد ان يمنع عبده من صوم الكفارات الا الكفارة الظهار لانها تتعلق بسبها حق الزوجة **قوله** واذا لم يستطع المظاهر الصيام لمرض لا يرجى زواله او كبر **قوله** او قيمته ذلك اي من غير ما نص عليه فلو دفع منصوص عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز الا ان يبلغ المدفوع القيمة المقدرة منه شرعا مثاله دفع نصف صاع تمر يبلغ قيمة نصف صاع بر او صاعا من البر او اقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز فلو كان التمر صاعا ودفعه عن نصف صاع بر جاز وهذا لان الاعتبار في المنصوص عليه بعين النص لا لمعناه ولو جاز ذلك في الاعتبار لزم البطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وهو باطل ثم اذا فعله فالواجب عليه ان يتم للذين اعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذي دفعه بهم فان لم يجدهم فان لم يجدهم باعيانهم استانف في غيرهم فان قيل لو كسى عشرة مساكين في كفارة اليمين ثوبا واحدا عن الاطعام جاز عنه اذا كانت قيمة نصيب كل منهم قيمة الاطعام مع ان كلا منها منصوص عليه قلنا المنصوص عليه الكسوة لا الثوب غير انها لا تتحقق الا بالثوب فما لم يسم كلا ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة اعني الكسوة اصلا لانه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر اذ لا كسوة الا ثوب يصير به مكتسيا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص **قوله** في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر وهو ابو سلمة بن صخر والحديث غريب عنهما وعند الطبراني في حديث اوس بن الصامت قال فاطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا قال لا املك ذلك الا ان تعينني فاعانه النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعا واعانه الناس حتى بلغ انتهى ومقتضاه انه كان برا لان التمر والشعير يجزي منه صاع وقد منا عن ابي داود من طريق ابن اسحق عن معمر عن عبد الله بن خطلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث اوس بن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فاني ساعينه بعرق من تمر قال يا رسول الله وانا اعينه بعرق اخر قال احسنت قال فيه والعرق ستون صاعا واخرج الحديث ايضا عنه بهذا الاسناد الا انه قال والعرق مكتيل تسع ثلاثين صاعا وهذا اصح لانه لو كان ستين لم يحج الى معاونتها ايضا بعرق آخر في الكفارة واخرج ابو داود عن ابي سلمة بن عبد الرحمن قال العرق زنبيل ياخذ خمسة عشر صاعا وهذه معارضة في انه كان التمر برا والله تعالى اعلم واما الذي في حديث سلمة صخر البياضي قال فاطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا قال والذي بعثك بالحق لقد شبعنا وشبعتين يا رسول الله كنا طعاما قال فانطلق الى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك فاطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل انت وعيالك بقيتها الحديث اخرجه احمد وابو داود وفيه كما ترى ما اثبتناه في صدقة الفطر من ان الواجب من البر نصف صاع اذ لا قائل بالفرق في كمية المخرج في الصدقات الواجبة **قوله** لان الجنس متحد وهو جنس

فيه الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف اعتاقة نصفي عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول ابي حنيفة رح فان الجنس وان كان متحدا لكن يمتنع الاجزاء فيه لمانع آخر وهو ان المامور به اعتاق رقبة ونصف رقبتين ليس برقبة بخلاف الاضحية فان الاشتراك فيها لا يمنع الاضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في بدنة شرعا قوله فان غداهم وعشاهم جاز المعتبر الكفتان مشبعتان من غير ما دام الكفان غير مقدر في سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانا غداء وعشاء او غدائين او عشائين بعد اتحاد الستين ولو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع عن ابي حنيفة رح في كفارة اليمين لو قدم بين يدي عشرة اربعة ارغفة او ثلثة فشبعوا اجزاهم وان لم يبلغ ذلك الا صاعا او نصف صاع فان كان لكل واحد منهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد الطعام عشرة وقد شبعوا وقال بعضهم لا يجوز لان المعتبر اشباعهم وهو لم يشبعهم بل اشبع التسعة قوله وهو حقيقة في التمليك من الطعم لا يقال الاتفاق على جواز التمليك فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الاطعام مشتركا بينهما معا وفي حقيقته ومجازه لانا نقول بجواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الشتم والضرب مع التأفيف كذا هذا فالنص على دفع حاجة الاكل فالتمليك الذي هو سبب لدفع كل الحاجات التي من جملتها الاكل يجوز فانه رج دافع لحاجة الاكل وفيه قوله وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وقال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب احمد لا يجزيه وهو قول اكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا ويتكرر الحاجة بتكرر المسكين فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز واصحابنا اشاروا موافقة لهذا الاصل وكذا قالوا في المسئلة الآتية عن قريب وهي ما اذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب عن رمية مع ان تفريق الدم غير مصرح به وانما هو بدليل التزامي لعدد المساكين ستين فالنص على العدد اولى لانه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم ان تتكرر الحاجة بتكرر المسكين حكما فكان تعدد حكما وتمامه موقوف على ان ستين مسكينا مراد به الاعم من الستين حقيقة او حكما ولا يخفى انه مجاز فلا مصير اليه الا بموجب فان قلت المعنى الذي باعتباره يصير اللفظ مجازا يندرج فيه التعدد الحكمي كما هو قلت هو الحاجة لكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو اعم من كونها حاجات ستين او حاجات واحد اذا تحقق تكررها الا ان الظاهر انما هو عدد معدود وذوات المساكين مع عقلية ان العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء قوله وهذا اي عدم الاجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع ستين مرة لواحد منهم في يوم بطريق الاباحة لا يجوز من غير خلاف لانه قليل تتجدد الحاجة تتجدد اليوم الثاني فكان اطعام الطاعم اما لو كانت المرات تمليكات منه في اليوم الواحد اختلف فقيل لا يجوز ايضا الا عن يومه وذلك وصحح في المحيط لان المجوز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم بصرف ما يقوم مقامه فالصرف اليه بعده في يومه كاطعام الطاعم فلا يجوز كما لا يجوز لو كان اطعاما حقيقة وكالدفع الى الغني بخلاف الدفع عن كفارة اخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لان المدفوع كالهالك بالنسبة اليها فان قيل لو كسى مسكينا واحدا عشرة اثواب في عشرة ايام حيث يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة الى الثوب تجدد اليوم قلنا تجدد الحاجة الى الثوب يختلف باختلاف احوال الناس فلا يمكن تعليق الحكم في الثوب

وان قرب التي ظاهر منها خلال الاطعام لم يستأنف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس لانه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقع ان بعد المسيس والمنع معنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا لكل مسكين صاعا من بر اجزأه لانه واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالموتى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب ولهما ان النية في الجنس واحد ولغو في الجنسين معتبرة واذا لغت النية والموتى يصلح لكفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيتم الانصاف دون الزيادة فيقع عنهما كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا افترق في الدفعة لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارة ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احديهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة شهرا طعاما وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء

بغير الحاجة اليه فاقيم مضي الزمان مقامها لانها تتجدد وادنى ذلك يوم لتجنس الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها وقيل يجزئه لان التمليك لما اقيم مقام حقيقة الاطعام وفرغ من ذلك نظر اليه من حيث انه تمليك والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المسقط موقوفا بالكل بالنسبة الى المدفوع ثانيا كما هو بالكل بالنسبة الى دافع آخر وكفارة اخرى وهو فاسد لاشتراط زمان احتمال التجدد والحاجة اذ الحال قيام ما ورد به الشرع اقتصارا المتروك بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا ان الاول احوط وتكملة جوابه منع كون التمليك لما اقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل بحسب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما اقيم مقام الشيء اعتبرت فيه احكام ذلك الشيء واما ما يعتقده فعدم جواز التمليك كالاطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع انه سيجيء معارض لمعنى آخر وهو ما ذكرناه **قوله** وان قرب التي الخ الحاصل انه يجب تقديم الاطعام على المسيس فان تخربها في خلاله لم يستأنف لانه تعالى ما شرط فيه ان يكون قبل المسيس وسحن الاجمال المطلق على المتعارف ان كانا في حادثة واحدة بعد ان يكونا تحكمين والوجوب لم يثبت الا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس بيانه انه لو قدر على العتق او الصيام في خلال الاطعام او قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه فاوجوز للعاجز منهما التقرب قبل الاطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم ان يقع العتق بعد التماس والمقتضى الى الممتنع ممتنع وفيه نظر فان القدرة حال قيام العجز بالفقر والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله امر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا تثبت الاحكام ابتداء بل تثبت الاستحباب ورعاية لا وجوبا لاستدلال بما ذكرنا اول الفصل من النص والتعليل بما ذكر **قوله** لمعنى في غيره هو توهم القدرة على العتق او الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالاطعام تحليل الوطء **قوله** عن ظهارين سواء كانا من امرأة او امرأتين **قوله** الخ حاصل الوجه انه وجد المقتضى للوقوع عنهما فيقع وذلك لان المقتضى للاجزاء عنهما صرف الملكية الى تجزي عن كفارتين الى المحل مقترنا بنية كونه عاملا عليه والكل ثابت فيلزم منه حكمه وهو الاجزاء والجواب منع وجود المقتضى وانما يكون فيما لو كانت تلك النية معتبرة لكنها في الجنس الواحد لغو لانها انما اعتبرت لتمييز بعض الاجناس عن بعض للاختلاف الاغراض باختلاف الاجناس فلا يحتاج اليها في الجنس الواحد لان الاغراض لا تختلف باعتباره فلا يعتبر فتبقى فيه مطلق النظهار وبمجردها لا يلزم اكثر من واحد وكون المدفوع لكل مسكين اكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لان نصف الصاع ادنى المقادير لا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان بخلاف ما اذا فرق الدفع او كانا مختلفين وقد يقال اعتبارها للحاجة الى التمييز هو محتاج اليه في تخالص الجنس الواحد كما في الاجناس وقد ظهر اثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به من انه لو اعتق عبدا على عن احد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم يلغ حتى تحل وطء التي عينها دون الاخرى ظن انه ظاهر منهما فاعتق ثم تبين انه ظاهر من غيرها لا يجزيه ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زينب فهنا ايضا يجب ان يلغوا الثبوت بالعرض الصحيح في نية الظهارين وهو جعلها معا جميعا نظرا لحاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين فان محلها في الاطعام مائة وعشرون مسكينا بخلاف صورة الاعتاق ولهذا يصير اصل الجواب تسليم وجود المقتضى وادعاء المانع وهو رجوع الانقطاع عن الطريق الاول اذ قد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد ثم قد يقال عليه ان اعتبار استين مائة وعشرين بالنظر الى كفارتين ليس بابعد من اعتبار الواحد استين في كفارة واحدة وباعتبار تجدد الحاجة والاتفاق على ان وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة

ان اعتق عن احدهما وقال زفر رحمه الله يجزيه عن الكفارتين وقال الشافعي رحمه الله ان يجعل ذلك عن احدهما في الكفارتين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد السبب وهو القتل وجنس واحد وهو قول زفر رحمه الله اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما اكثر مما اعتق عنهما لتزاحم كلامين يدل كل واحد منهما على التعيين في الجنس المتحد غير منافيه فتلغو في الجنس المختلف منافيه واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما عن قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد نظير الثاني اذا كان عليه صوم يوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التعيين والله اعلم

باب اللعان

الى كفارة احدى فهو محتاج آخر بالنسبة اليهما فاوقع الامر قيام الحاجة بالنسبة الى كفارة احدى **قوله** وان اعتق عن ظهاره وقتل لم يجز عن واحد منهما هذا اذا كانت الرقبة مؤمنة فان كانت كافرة صح من الظهار لان الكافرة لا تصلح كفارة القتل فتعينت للظهار **قوله** في الفصلين بما صورتا اتحاد الجنس واختلافه **قوله** لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر اذ بها تستر تلك الجناية جنس واحد ولذا حمل المطلق منها على المقيد في الاحدى **قوله** لخروج الامر من يده فانه وقع نفلا اذ لا يصح اعتاق نصف رقبته عن كفارة وبذلك خرج من يده امكان ان يجعله عن احدهما لانه بعد ما وقع على وجه لا ينقلب الى غيره **قوله** فتلغوا فاذا لغت بقي نية مطلق الظهار فلذا ان يعين ايهما شاء كما لو اطلقهما في الابتداء **قوله** واختلاف الجنس الخ لما اختلف باختلاف الجنس واتحاده اجوبة المسائل فاذا مايه الاختلاف والاتحاد وما اختلف سببه فهو المختلف وما لا فالمتحد والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين اعني الوقتين حقيقة او حكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل الدلوك وهو من يوم غير من آخر بخلاف صوم رمضان لانه معلق بشهود الشهر وهو واحد جامع للايام كلها بلياليها فكل يوم وان كان سببا لكنه فكذا شهود الشهر فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان شهود الشهر مخصوص اليوم فباعتبار احد السببين لا يحتاج في نية قضائه الى تعيين يوم بسبب مثلا او يوم الاحد في الصلوات فان تعذر علينا معرفة يوم الظهرين يجيء اول ظهر عليه او اخر ظهر عليه ان لم يكن ساقطا الترتيب وقد اسلفناه في باب شرائط الصلوة وكذا اشترط التعيين في اليومين من رمضانين فيخرج عن رمضان الاول والثاني لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بصومهما بزمان يجمعهما ولو نوى ظهرا وعصرا او ظهرا وصلوة الجنازة لم يكن شارعا في شيء منهما للتنافي وعدم الزحام بخلاف ما لو نوى ظهرا ونفلا حيث يقع من النفل عند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رده ترجيحا بالاقوى ولا يصير شارعا عند محمد اصلا للتنافي ولو نوى صوم القضاء والنفل او الزكوة والتطوع او الواجب المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لان النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يصح النفل وعند ابي يوسف يقع عن الاقوى لان نية التطوع غير محتاج اليها فلغت فبقي نية القضاء ولو نوى حجة الاسلام والتطوع نوى عن حجة الاسلام اتفاقا عند ابي يوسف لما ذكرنا وعند محمد لانه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقي مطلقا وبه تتعدى حجة الاسلام والله اعلم ولو نوى القضاء كفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا وفي القياس يكون تطوعا وهو قول محمد لتدافع النيتين فصار كأنه صام مطلقا ووجه الاستحسان ان القضاء اقوى لانه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين انه عن النذر لانه فعل في اصله وقد مر هذا في كتاب الصوم وذكرنا الزام محمد شروعه في النفل سنة صورة نية الظهر والنفل فارجع اليه فليكن هذا رواية عنه فيه هذا ومما يعكس على الاصل الممهد ما عن ابي يوسف رحمه الله في المنتقى لو تصدق بدرهم عن يمين وظهار فله ان يجعله عن احدهما استحسانا والله الموفق

باب اللعان هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين للفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والابعاد ويقال منه لعلن اي لعن نفسه ولاعن اذا فاعل غيره منه وحل لغة بفتح العين افصح كان كثيرا للعن

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة ولم يجد قاذفها وقفي بسببه ولاعن

وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عند نا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن

لغيره ويكونهما اذا لعنه الناس كثيرا قال في الكشف اكرمه فان مبنية حق ولاك لغة للنزل وفي الفقه هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالفاظ المعروفة سمي ذلك به لوجود لفظ اللعن في الخامسة تسمية للكل باسم الجزء ولم يسم باسم من الغضب وهو ايضا موجود فيها لانه في كلامها وذلك في كلامه وهو اسبق واسبق من اسباب الترجيح وشرطه قيام النكاح وما سيذكره وسببه قذف زوجته بما يوجب الحد في الاجنبية وركنه ذلك المفهوم وحكمه حرمتها بعد التلاعن على سبيل التي وابانته من كان اهلا للشهادة قوله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا بان يقول انت زانية او رايتك تزنين او يا زانية هذا مذهب الجمهور وفي المشهور عنه مالك لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان البتي وقتادة ويحيى بن سعيد واستضعف بان الكل رمي بالزنا وهو سبب فلا فرق قوله وهما من اهل الشهادة اي من اهل اداءها عن المسلم فلا يحد قاذفهما لان اللعان بين الكافرين والمملوكين ولا اذا كان احدهما مملوكا او صبيا او مجنونا او محدودا في قذف واورد انه يجري بين الاعميين والفاسقين مع انه لا اداء لهما ودفع بانهما من اهله الا انه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الاعمى بين المشهود له وعليه وهنا هو يقدر على ان يفصل بين نفسه وبين امرأته فيكون اهلا لهذه الشهادة دون غيرها وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمه ان الاعمى لا يلاعن قوله ممن يحد قاذفهما فلو كانت لا يحد قاذفهما بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه او كان لها ولد وليس له اب معروف او زنت في عمرها ولو مرة او وطيت وطيا حراما بالشبهة ولو مرة لا يجري اللعان واورد انما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وبه شرطي جانب الرجل ايضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجري اللعان ايضا وان كانت ممن يحد قاذفها واجاب في النهاية بان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من احصانها حتى يقع مقام حد القذف وعند محمد عدم احصانها قاذفها لا يكون موجبا شيئا لا حد القذف ولا اللعان اما قذف الرجل عند عدم احصانه فموجب ما هو الاصل وهو حد القذف فلم يحل قذفه عند عدم احصانه عن موجب فلذلك لم يشترط كونه ممن لا يحد قاذفه اذ الحد اصل اللعان فكان في معنى اللعان قال في شرح الكنز هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان ان يكونا من اهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزاني لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجري بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبت عصمتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فاذا كان اللعان لا يقوم مقام حد قذفها وهذا لان شرط اللعان ان تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها لم تطالبه بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلا معنى لمنع انتفاء والحاصل ان المراة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط اهلية الشهادة بخلافه لانه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت اهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه قوله والاصل اي الاصل في اشتراط اهلية الشهادة فيهما واشتراط كونهما مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفهما لان اللعان شهادات مؤكدات بالايمان فلذلك اشترطنا اهلية الشهادة فانه قائم مقام حد القذف في حقه الكافر اذ لا قذف لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها وهو مقام حد الزنى في حقها ان كان صادقا قوله عندنا قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف فعند الشافعي اللعان ايمان موكدات بالشهادات وهو الظاهر من اقوال مالك واحمد من كان اهلا لليمين وهو من يملك الطلاق فكل من يملكه فهو اهل له عنده فيجب اللعان من كل زوج عاقل وان كان كافرا وعبدا فهو قول مالك واحمد ولنا وجه قوله تعالى فشهادة احدهم اربعة شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين الا ترى انه لو قال اشهد بيميني كان يمينا فجعلنا المحتمل على المحكم لان حمله على حقيقته متعذر لان المفهوم من الشرع عدم قبول شهادة

قائمة مقام حد القذف في حقه مقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف في جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فاعتبر بمن يحصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يتصور احتمال ان يكون الولد من غيره بوطء شبهة كما ذكر في الجامع الكبير نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به

الانسان لنفسه بخلاف يمينه وكذا المعتبر شرعا عدم تكرار الشهادة في موضع بخلاف اليمين فانه معتبر في القسامة ولان الشهادة محلها الاثبات واليمين للنفي فلا يتصور تعلق حقيقتهما بامر واحد فوجب العمل بحقيقة احدهما ومجاز الآخر فلكن المجاز لفظ الشهادة لما قلت من الموجبين المذكورين فهذا التقرير يقتضي في حل مذهبه ان يقال ايمان موكدة بالايمان الايمان موكدة بالشهادة ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عند الامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم اثبت انهم شهداء لان الاستثناء من النفي اثبات وجعل الشهداء مجازا عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن لهم حالفون الا انفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لما لم يكن للذين يرمون ازواجهم من تحالف لهم يحلفون هم لانفسهم وهذا فرع تصور حلف الانسان لغيره وهو لا وجود له اصلا فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا اصرارا فاعتبر الى مجازه فكيف وهو مجازي لها فلو لم يكن هذا كان امكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم العمل على اليمين فكيف وقد وجد صارف عن المجاز وما توهم صارفا مما ذكر غير لازم قوله فقبول الشهادة لنفسه وتكرر الاداء لا عهد به قلنا وكل من الحلف لغيره والحلف لا يجب الحكم لا عهد به بل اليمين لدفع الحكم فان جاز لمن له ولاية الايجاد والاعدام والحكم كيف ما اراد شرعية هذين الامرين في محل بعينه ابتداء جاز له ايضا شرعية ذلك ابتداء ثم هو اقرب في القول لعقلية كون التعدد في ذلك المحل اربعا بداهة عاجزا عنه من اقامة شهود الزنا وهم اربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة فلهذا يثبت عند عدمها اعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله انه لا اله الا هو فغير بعيد ان يشرع عند ضعفها بواسطة تاكيدها باليمين والزام اللعنة والغضب وان كان كاذبا مع عدم ترتب موجبها في حق كل من الشاهدين اذ موجب الشهادة كل واحد اقامة الحد على الآخر وليس ذلك بثابت هنا بل الثابت عندهما هو الثابت بالايمان هو اندفاع موجب دعوى كل عن الآخر وانما قلنا عندهما ولم نقل بهما لان هذا اندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما واما قوله لليمين للنفي الخ فمحله ما اذا وقعت في انكار دعوى مع والا فقد يحلف على اخبار بالنفي او اثبات وهذا كذلك فانها على صدقه في الشهادة والحق انها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من لهما دقيق فيما رماها به كما اذا جمع ايمانا على امر واحد بخيرية فان هذا هو حقيقة كونها موكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقهما لم يكن احدهما موكدا للآخر وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط اهلية الشهادة وعدمها **قوله** قائمة مقام حد القذف في حقه اي بالنسبة الى كل زوجة على حدة لا مطلقا الا يرى انه لو قذف بكلمة او بكلمات اربع زوجات له بالزنى لا يجزيه لعان واحد لهن بل لا بد من ان يلاعن كلا منهن على حدة ولو كنا اجنبيات فقذفهن حدا واحدا لهن وسبب هذا الافتراق ان المقصود يحصل في اقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ولا يحصل ذلك في اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة وتعذر اجتماع الكل في كلمة **قوله** ويجب بنفي الولد لهذا لانه عرفهن كونه منهما او ولدها من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله في الغاية او نفى نسب ولدها المولود فراشه لا يقيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره من ابيه المعروف يكون قذفا لها كما لو نفاه عنه اجنبي فيكون موجبه اللعان لما تلونا كذا في شرح الكنز **قوله** ولا يعتبر احتمال الخ جواب عن مقدر تقديره ان النفي ليس بقذف لها بالزنا بل بنفي كون الولد من غيره بوطء بشبهة لانا اجبنا بانه احتمال لا يعتبر لان النسب وان كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع انتفاء ثبوته الا من هذا الفراش القائم فاذا نفاه عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفيا للثبوت نسبه مطلقا ويستلزم كونه عن زنا فكان

ويشترط طلبها لانه حقها لانه من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه ولان الزوج سبب

قذفا مالم يظهر خلافه ولم يظهر بعد وانما بقي فيه احتمال كونه في نفس الامر من غير زنا ولا عبرة به فان هذا الاحتمال قائم بعينه فيما اذا صرح بنسبته اياه الى الزنا به ثم شبه بما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف يعني فانه يكون قذفا موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح بخلاف ما في المحيط من انه اذا نفى الولد فقال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا اللعان بينهما لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال وفي النهاية والدراية جملا بذا قول الشافعي ثم قال واجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الذي ولدته من زوجك لا يصير قاذفا فما لم يقل انه من الزنا قال والقياس ما قاله الشافعي الا اناتركناه لضرورة نفي اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بالا لم يقربها او عزل هنا حزلا بينا ولا يدري من اين هو يعني فيحتاج الى نفيه لانه لا يستحلف من ليس منه يقينا ولا يمكن منه الا باللعان وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة وهذا لضرورة منعدمة في حق غيره وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح في الهداية والعجب من صاحب الدراية حيث قال في تقرير قوله في الكتاب ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد الخ لانه يصير قاذفا بالاتفاق مع وجود هذا الاحتمال كما في نفي اجنبي نسبه من ابيه المعروف ونقله من الايضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية ثم اورد صورة الاجنبية مقيسا عليه له فقال كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم يمنعه في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لاجنبية وقوله لزوجته وهو تناقض ظاهر ومخالف لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح والمبسوط وغيرها وما في كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال ليست لابيك فانه يحد قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه يحتمل الحل والجماع لشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي ان يكون كذلك هنا لتعذر في نفي نسب ولد من زوجته اجيب عنه بانا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بينا ها قلت وعلى ما هو الحق فالجواب ان الجماع لا يستلزم الزنى بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررنا فانه يستلزمه قوله ويشترط طلبها وبه قالت الائمة الثلاثة لانه اي اللعان حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنفي الولد فان الشرط طلبه لانتفاء حاجة الى نفي من ليس ولده عنه قوله فان امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد وعند الشافعي رحمه الله اذا امتنع حد حد القذف وكذا اذا لاعن فامتنعت حدته حد الزنا وعندنا تحبس حتى تلاعن او تصدقه ويرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل الآخر فيما ادعاه والا وجد منه القذف فهو السبب والتكاذب شرط وفي بعض النسخ فيرتفع السبب فهذا اذا اعترف بالقذف ولو انكره فاقامت بينة قبلت ولزمه اللعان وفي الجامع لو مات الشاهدان وغابا بعد ما عدلا لا يقضي باللعان وفي المال يقضي بخلاف ما لو عميا او فسقا او ارتدا حيث يلاعن بينهما وفي بعض نسخ القدوري او تصدقه فيحد فهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق اربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدها لان قطع النسب انما ثبت حكما للعان لم يوجد وهو حق الولد فلا يصدق فان في ابطاله وجهه قول الشافعي رضي الله عنه ان الواجب بالقذف مطلقا الحد لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم الا انه يمكن من دفعه فيما اذا كانت المقذوفة زوجته باللعان تحقيقا عليه فاذا لم يدفعه به يحد ومثله في المرأة اذا لم تلاعن

او كفرا والحد دائر قذف فقذف وامرته بقذفه الحد لانه قذف ملتعن لمعين من جنسه فيصار الى الموجب الاصلي وهو اثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه ان كان من اهل الشهادة وهي اما شهادة كافرة او محدودة قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانتفاء ام اصلية الشهادة وشرط الاحصان في جانبها وابتناء اللعان على من يجب الحد بقذفه كالاصل في ذلك وقوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين زوجاتهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك

بعد ما وجب الزوج عليها اللعان باعانة فاذا لاعنت حدت للزنا ويشير اليه قوله تعالى ويدرء عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الى قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله اي فالواجب شهادة احدهم وقد عرف ان فاء الجزاء يحذف بعد ما المبتدأ كثيرا فافاد ان الواجب في قذف النساء اللعان فاما ان يكون ناسخا او مخصصا للعموم ذلك لعام للاجماع على انه ليس بمنسوخ وعلى التقديرين يلزم كون الحكم الثابت في قذف الزوجات انما هو هذا فالواجب غيره عند الامتناع عن ايفائه بل يحبس لايفائه كما في كل حق امتنع من هو عليه عن ايفائه يعاقب ليوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لانه لم يقارن العام وهو مخصص اول وللعام بتاخره عنه ما رووا انه صلى الله عليه وسلم قال للذي قذف امرأته بارباعة شهداء والا فحد على ظهرك فنزلت آية اللعان ولم تبين كون المراد من العذاب في الآية الحد بجواز كونه الحبس اذا قام الدليل على ان اللعان هو الواجب وجب حمله عليه تنبيه والواجب من الشافعي رضي الله عنه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده والكان عبدا فاسقا واعجب عنه انه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب واسقط به كل من الزوج والمرأة به الحد عن نفسه واوجب به الرجم الذي هو اغلظ الحدود على المرأة فان قال انما وجب عليها لنكولها بامتناعها من اللعان قلنا هو ايضا من ذلك العجب كون النكول اقترن به شبهة والحد مما يندرئ بها مع انه غاية ما يكون بمنزلة الاقرار مرة ثم ان عنده هذه الشبهة اثرت في منع ايجاب المواريث مع انه ثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو اغلظ الحدود واصعب اثباتا واكثر شروطا ومنع كاتب الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فحدي وان كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولا عن الزوج **قوله** او كفرا صورته ما اذا كان الزوجان كافرين فاسلمت هي فقذفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه **قوله** فيصار الى الموجب الاصلي هو اثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات يعني الحد ولا تحرير في هذا الكلام لان يكون الموجب الاصلي هو الحد في حق العموم وقد جعل له ان يسقط باللعان كما قال الشافعي رحمه الله واما على ما قررنا من ثبوت نسخها في قذف الزوجات فلا يكون للحد وجوب في قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير اليه فيهن لانه مصير الى غير حكمه والدليل ينفيه والحق في التقرير ان يقال النص انما نسخ حكم الحد في حق من كان من اهل الشهادة من الازواج لا في كل زوج لان لفظة الناسخ ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم تفيد ذلك ويبقى العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فحيث لم يكن اهلا فيعمل بمقتضاه **قوله** وان كان اي الزوج من اهل الشهادة وهي ليست من اهلها او من اهلها الا انها لا يحد قاذفها بان تكون قد زنت في عمرها ولا حد ولا لعان وهو ظاهر فيما اذا كانت لا يحد قاذفها اما اذا كانت ممن يحد قاذفها الا انها ليست من اهل الشهادة بان تكون عفيفة محدودة في قذف فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من اين يستلزم امتناع الحد والحال انها ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج لم يسقط الحد عنه والجواب ان الزوج لما كان اهلا للعان بان كان اهلا للشهادة لم يكن حكم قذفه الا اللعان لا الحد فاذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب بخلاف ما اذا امتنع من جهة بعدم اهليته للشهادة فان حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا **قوله** والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم اخرج ابن ماجة في سننه عن ابن عطاء عن ابيه

ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج ويشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رماني به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلونا ومن السنة ما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه اتى بقطة المواجهة يقول فيما رميتك من الزنا

عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوك تحت الحرة والحرة تحت المملوك واخرجه الدارقطني عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب واخرجه بالطريق الاول ايضا وقال وتابعه يعني تابع عثمان بن عطاء الخراساني يزيد بن زريع عن عطاء وهو ايضا ضعيف وروى عن الاوزاعي ابن جريج وهما اماما ان عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده من قوله ولم يرفعاه ثم اخرجه كذلك موقوفا ثم اخرجه عن عمار بن مطر عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته وانت علمت ان الضعيف اذا تعددت طرقه كانت حجة فهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الامامين اياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب على ان معنى الحديث المذكور ناهيك عليه آية اللعان على التقدير الذي ذكرناه من انها شهادات الخ **قوله** ولو كانا محدودين فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وكذا اذا كان هو عبدا وهي محدودة في قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين او مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة والكافرة لا يوجبه بخلاف قذف المحدودة اذا كانت عفيفة فانه لو قذفها ابن يحد فكذا الزوج ولو قذف الكافرة والامة اجنبي لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين او مجنونين وعند الشافعي رحمه الله وغيره يلاعن في الكل لان كل من هو من اهل اليمين فهو اهل له الا اذا كان احدهما صغيرا او مجنونا قيل عليه كما ان امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو بمعنى من جهتها فكان ينبغي ان تراعى الجهتان فباعتبار جهته ينبغي ان ينتفي اللعان فقط وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه سقوط الحد والجواب ان القذف يوجد ولا منه وهو مقتض فيه اللعان ان كان اهلا للشهادة والحد ان لم يكن وعدم اهليتها مانع ولا اعتبار للمانع الا بعد وجود المقتضي لان مفهوم المانعية تقتضي ذلك وحقيقة نسبته الى المقتضي بالمنع ولا وجود للمقتضي اللعان فلا يعتبر المانعية من جهتها للعان والحد انما يسقط بما من جهتها فبالسقوط اللعان ولم يعتبر السقوط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتا فان قذف الزوج موجب للحد **قوله** وصفة اللعان الخ ظاهر في تعينه كذلك حتى لو خالف القاضي فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتحد بعده وبه قال الشافعي واحمد رحمهما الله واشهب من المالكية وفي البدائع ينبغي ان يعتد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة لشهادتها تقدح في شهادة الزوج ولا يصح الا بعد شهادته ولهذا يبدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فان لم يعد حتى فرق بينهما تقدف الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان يمين لا شهادة ويجوز تقديم احدى اليمين على الاخرى كتحالف المتبايعين فانه لا يلزم مراعاة الترتيب ويقتضيه لزوم الاعادة كقول الشافعي رحمه الله لكن في الغاية لو بدا بلعانها فقد اخطأ السنة ولا يجب اعادته وبه قال مالك رضي الله عنه وهو الحق لان الخصم اعتب الرمي بشهادة احدهم وشهادتها الدارية للحد عنها بقوله ويدرؤ عنها العذاب والحق الفاء وخلت على شهادته على وزان ما قلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من انه عقب جملة الافعال للقيام الى الصلوة وان كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثم **فرع** قذفها ثم لاعنها سقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود وهو قول الائمة الاربعة ولو قذف اجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالاول واللعان بالثاني ويحد للاول ويسقط اللعان ولو طلبت

لانه اقطع للاحتمال ووجه ماذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا الصقت اليها الاشارة انقطع الاحتمال **قال** واذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر رح تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث وكذلك ثبوت الحرمة يتوقف الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ولنا ظاهر قول عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يارسول الله فقال له امسكها فقال ان امسكتها فهي طالق ثلثا قاله بعد اللعان تكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رح وكان فعل القاضي منتسبا اليه كما في العنين

اللعان اولا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل ان تتزوجك او قذفت قبل ان تتزوجك فهو قذف في الحال فيلاعن وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله وما في خزانة الاكمل من انه يلاعن في قوله زنيت قبل ان تتزوجك بخلاف قوله قذفتك قبل ان تتزوجك او حد قذفها ثم زنت او وطيت بشبهة لاحد ولا لعان ويسقط اللعان برؤيتها ولو اسلمت بعده لايعود ولو قذفها ثم ابانها يسقط اللعان ولو كذب نفسه بعد ذلك لايحد بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد اللعان **قوله** لانه اقطع للاحتمال لاحتمال ان يضمر مرجعا للضمير الغائب هو غير ما يخلاف الخطاب وتقول هي ايضا انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا فالاولى ان يقيمها القاضي متقابلين ويقول له التعن **قوله** اذا الصقت اليه الاشارة يعني تقطع احتمال ضمير الغائب لان المراد ان انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لان الاشارة بانفرادها لا احتمال معها **قوله** لاتقع الفرقة حتى لو مات احدهما قبل تفريق القاضي ورثه الآخر ولو زالت اهلية اللعان في هذه الحالة بما لايرجى زواله بان اكذب نفسه او قذف احدهما انسانا فحد للقذف او وطيت هي وطيا حراما او خرس احدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجى عود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة او طلقها او آلى منها صح لبقاء النكاح غير ان وطيها محرم كما استعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر وسعة الائمة لاينفذ **قوله** بالحديث يشير به الى حديث المتلاعنان لايجتمعان ابدا فانه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من ان ترتيب الحكم على مشتق يفيد ان مبدأ اشتقاقه علة له وسياتي الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله بمجرد لعان الزوجة تثبت الفرقة بينهما ولا نعلم له في ذلك دليلا لاستلزام الوقوع الفرقة بمجرد لعانه الزوجة قيل ويبنى على هذا ان لا تلاعن المرأة اصلا لانها ليست زوجة والتمسك بمروي زفر انما يفيد حرمتها بلعانها لا بلعان احدهما وهذا لان حقيقة حال اشتغالهما باللعان هو لايدخل في الوجود جملة بل على التعاقب فتعذر ارادتها واقرب الاوقات الى الحقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول وليس بلازم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكروه من المعنى وهو انه لا يلتقيان بعد اللعن فليس بقطعي في ذلك بل ولا ظاهر بل يجوز حدوث الالفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ولو كان ظاهرا لم تقض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح باحسان فانه تثبت الحرمة فات الامساك بمعروف فيوسر بالتسريح باحسان كما قلنا فيما اذا تثبت الحرمة بالظهار فانها اذا طالبته امره القاضي بالتسريح او التكفير الا ان الظلم هنا لا يتهيأ لكل من الامرين بل بامر واحد هو الطلاق فيتحتم امره فيه فاذا امتنع ناب منابه لانه نصب لرفع الظلم ويدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر ان رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما وألحق الولد بامه وما اخرجه ايضا في حديث عويمر العجلاني لما فرغ قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها فطلقها عويمر ثلاثا قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي يعني امضى لقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك المتلاعنين الآخره لكن الصواب ما علمت من ان القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ورواه ابو داود وقال فيه فطلقها ثلاث تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا قال البيهقي قال الشافعي رحمه الله عويمر عن طلقها ثلاثا كان جاهلا

وهو خاطئ اذا الكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رح هو محرم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا ولنا ان الكاذب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد اكذاب فيجتمعان

بان اللعان فرقة فصار كمن شرط العنان في السلف وهو يلزمه شرطا ولم يشرطا وتفريق النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رض تفريق حكم لا للفرقة الروح وقال الزهري رحمه الله وهل فكانت سنة المتلاعنين اي الفرقة قال البيهقي رحمه الله والذي يدل على ذلك ما اخرجه ابو داود رضي الله عنه في سننه عن ابن عباس رضي الله عنه في قصة هلال بن امية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ليس لها عليه قوت ولا سكنى من اجل انهما يفترقان بغير طلاق ولا متوفى عنها واجيب بانه لو وقع الفرقة بمجرد اللعان لانكر عليه صلى الله عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو انكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله قال يا رسول الله ما لي قال لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك ابعد لك منها فدل تقريره صلعم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضي الله عنهما من اجل انهما يفترقان بغير طلاق فانه من قوله وقد يقال ليس هذا مما يكون تركه الانكار فيه حجة لانا لم ندع فيه انه محرم حتى تكون تركه الانكار حجة علينا انما ادعينا انه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات اليه ويجاب بانه يستلزم مفسدة ح لان السكوت يفيد تقريره بانه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا الى المفسدة لانه يفيد تقريره وقوعه الان فيستلزم فيما فرض عدم طلاقه او تاخيره الطلاق حتى افترض موت احدهما او تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضي ظن طلاقها فيجامعها قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر والواقع ان الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الافضاء الى مثل هذا فان دفع بان المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا اذ الغرض بحسم مادة الفراغ عندنا يامره القاضي ان يطلق وان ابى طلق هو ذكرت في شرحها اندرنا ورقلنا ولو كان لا يجوز لانه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعا والينا فحديث ابن عمر رض فانه قال فيه فانفذ رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني امضاه ذلك الطلاق وهو حجة على من قال ان الطلاق الثلاث لا يقع او يقع واحدة ثم هو اولى من حديث ابن عباس رضي الله عنه لانه رفع امضاه صلعم الطلاق وذلك انما يكون بفهم اعتبار ذلك منه عليه السلام قوله وهو خاطب الخ يعني اذا اكذب نفسه بعد اللعان فرق التفريق وحدا ولم يصر خاطبا من الخطاب بخلاف ما لابي يوسف ولو كذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في النهاية ولو اكذب نفسه قبل اللعان تفرقان تطليقها قبل بالاكذاب وحدا ايضا وان ابانها ثم اكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لان اللعان اثره التفريق بينهما وهو لا يتاتى بعد البينونة اي لحصوله بالابانة وهو لا يصح بدون كلمة لا يجب الحد لان قذفه وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف اكذاب نفسه بعد اللعان لان حق للقذف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الاول لانه اخذ حكمه من اللعان فكذا يحد شهود الزنا اذا رجعوا التقنص شهادتهم نسبة الى الزنا وعلى هذا لو قال يا زانية انت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لانه قذفها وهي زوجة ثم بانت ولو قال انت طالق ثلاثا يا زانية حد ولكما تحل له باكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا اجنبيا بعده فحدت او قذف هو اجنبيا فحد او فرت او ارتد احدهما حتى خرج بذلك احدهما من ان يكون اهلا للشهادة لارتفاع السبب الذي لاجله افترق المتلاعنان وهو على ما قالوا انه كيلا يتكرر اللعان بان يقذفها مرة اخرى وهو لم يشرع بين الزوجين الا مرة في العمر ويخلو القذف عن الموجب في الدنيا فخروج احدهما عن الاهلية وقع الامن عن ذلك وقال ابو يوسف رحمه الله اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان ابدا فتثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الائمة الثلاثة فاذا كانت حرمة مابدة لا يكون طلاقا قابل فسخا ويلزم

ولو كان القذف بنفي الولد في القاضي نسبه والحقه بأبيه وصورة اللعان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا وان ولدك هذا من الزنا وفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأبيه لما روي ان النبي عليه السلام نفى ولد الامرأة هلال

على قول ابي يوسف رحمه الله ان لا يتوقف على تفريق القاضي لان الحرمة ثابتة قبل اتفاق وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما يكون بالظهار لو ذالت فاذا فرض ان بذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم تتصور توقفها على تفريق القاضي واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب وروى الدارقطني بسنده من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان اذا افترقا لا يجتمعان ابدا وقد طعن الشيخ ابو بكر الرازي في ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن قال صاحب التنقيح اسناده جيد ومفهوم شرطه يستلزم انهما لا يفترقان بمجرد اللعان الا ان فهو حجة على الشافعي يستثنى زائدة وخرجه الدارقطني ايضا موقوفا على علي وابن مسعود قالا مضت السنة وروى عبد الرزاق عن عمرو بن مسعود المتلاعنان لا يجتمعان جدد راه ابن ابي شيبة موقوفا على عمر وابن عمرو ان مسعودا اجاب المعم بقوله ولا يجتمعان نادا متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه يعني ان الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفية الموضوع وهي القضية المسماة بالمشروطة ولم يبقيا بجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكمه بالاكذاب لنفسه لثبوت النسب ان كان القذف بنفي الولد ولزوم الحد وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية وذلك يستلزم انتفاء ملزومها شرعا فينتفي الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فثبت نقيضه وهو حل الاجتماع وبذا يندفع على ان المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكما لما قدمنا من ان اراد تهما باعتبار قيام التلاعن حقيقة متعذر ولا شك انه ثبت قيام التلاعن حكما بتقدير ان يراد من وجد بينهما لعان في الخارج وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الاكذاب اذا ارتفع حكمه وقطع اعتباره قالوا شد عاعند الاكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج ولكن بمعنى النظر في اي الاستمالين ارجح وانظن ان الثاني اسبق الى الفهم والله اعلم واما ما استدل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمتنع حصول الانتظام وفقد منا منعه وما ذكره بعضهم من ان سبب تابد الحرمة كون احدهما صار ملعونا او مغضوبا عليه مما بعد عن الفقه اذ لا شك في بقاء السلام كل منهما غير انه صنع كبيرة تصح منهما التوبة بفضل ذي الفضل جل جلاله وبذا القدر لا يمنع التناكح **قوله** ولو كان القذف بولد لنفي القاضي نسبه والحقه بامه شرط بذا الحكم بان يكون العلوق في حال يجري بينهما فيه اللعان حتى لو علق وهي كافرة او امة ثم اعتقت واسلمت فنفى نسب ولدها لا ينتفي ولا يلاعن لان انتفاءه انما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما ولان نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا ينقطع والله اعلم وفي الذخيرة لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي ومن لا يولد له ولد لانه لا يلحق به الولد وفيه نظر لان المجبوب ينزل بالسحق وتثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان في القذف ينفي الولد في نكاح فاسد وعند الشافعي واحمد رحمهما الله يجب اللعان به وكذا في نفيه من وطء بشبهة وعند ابي يوسف فيها الحد واللعان لانه يلحقها بالنكاح الصحيح وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها ولم يلتقيا حتى قذفها اجنبي به فخذ الاجنبي يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفي بعد ذلك لانه لما حد قاذفها حكم بكذبه **قوله** وصورة اللعان اي في القذف بنفي الولد **قوله** لما روي انه عليه السلام نفى نسب ولد امرأة هلال قيل غلط فانه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفي ولد وقيل المراد بنسب ولدها الذي اتت به فانها حملت من الوطء الذي قذفها به والحديث في البخاري وابي داود ويختلف الفاظهما وتتفق عن ابن عباس قال جاء هلال بن امية من ارضه عشاء فوجد عند اهله رجلا فرأى ذلك بعينيه وسمع باذنيه فلم يهجه حتى اصبح ثم غدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني جئت اهلي عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت باذني

بن امية عن هلال والحقه بها وان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوقر عليه متفق

فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم وما جاء به واستثقل عليه فنزلت والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية فدعي عويمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت ارجو ذلك من ربي تعالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسلوا اليها فجاءت فتلى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر لها واخبرها ان عذاب الآخرة اشد من عذاب الدنيا وقال هلال بالله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما فشهد هلال اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فلما كان الخامسة قيل له اتق الله فان عذاب الدنيا ايهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجبة التي توجب عليك العقاب فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني الله عليها فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم قيل لها اشهدي فشهدت اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله فان عذاب الدنيا ايهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجبة التي توجب عليك العقاب فمكثت ساعة ثم قالت والله لا افضح قومي فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى ان لا يدعى ولد بأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وقضى ان لا بيت لها عليه ولا قوت من اجل انهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال عليه السلام ان جاءت به اصيبب ادعج العين عظيم الاليتين خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو لهلال وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به فجاءت به اورق الى آخره الا وصاف الثانية فقال عليه السلام لولا الايمان لكان لي ولها شان قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك امير اهل مصر ولا يدعى لاب بهذه اللفظة الى داود في رواية اخرى سائر اليوم لا افضح قومي وفي مسلم والنسائي عن ابن عباس ان هلال بن امية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان اخا البراء بن مالك لامه وكان اول رجل لاعن في الاسلام فقال صلى الله عليه وسلم انظروها فان جاءت به ابيض سبطا وحي العين فهو لهلال بن امية وان جاءت به اكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء فاخبرت انها جاءت به اكحل جعدا حمش الساقين فهذا لو ما قبله يدل على انها كانت حاملا وقطع نسب الولد الذي تاتي به وفي سنن النسائي ايضا عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وامرأته وكانت حبلى واخرج عبد الرزاق هكذا ايضا وقال زوجها ما قربتها منذ كذا وكذا وهي حامل فراتها يتلاعنان قائمين عند المنبر ثم ولدت فالحق الولد بالمرأة وجاءت به اشبه الناس بشريك بن سحماء وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا امرأة لا نعلم عليها الا الخير فلما جاء اشبه بشريك عذر الناس وعاش المولود سنتين ثم مات وعاشت امه بعده بيسير وصار ميراثه بعد ذلك عند الناس بحال سوء قال الواقدي وحدثني غير الضحاك بن عثمان ان عويمر انساق الحديث الى ان قال ولم يحد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا في قذفه شريك بن سحماء وشهد عويمر بن الحارث وشريك بن السحماء احد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففي هذا ان الولد عاش سنتين ومات ونسب ما في قصة هلال الى شريك اليه ايضا في قصة عويمر قيل ويجمع بينهما بانهما واقعتان وفي النفس منه شيء وفي الصحيحين ايضا عن ابن عباس في قصة هلال فقال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكروه بها انه وجده عند اهله فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا ان اللعان

بينهما كان بعد الوضع وفي ذا تقدم خلافه وبذا تعارض **قوله** فيتضمنه القضاء الخ اي ثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق **قوله** ومن ابي يوسف ان القاضي يفرق الخ اولا ثبت قطع النسب ضمنا للتفريق لانه اي التفريق باللعان **قوله** لانه ينفك عنه اي من نفي الولد كما لو مات الولد قبل اللعان فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ولو نفى نسب الولد انتفى الولد واللعان والتفريق به **قوله** فلا بد من ذكره حتى لو لم يقل لا ينتفي النسب عنه قال شمس الائمة رضي الله عنه هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت ولده فيجد ولو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وورثه الاب لاحتياج الحي الى النسب ولو ترك بنتا ولها ابن فاكذب الملاعن نفسه ثبت عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس لان الابن يعير بانتفاء نسب امه كما بيه فهو محتاج الى ثبوت نسبها **قوله** فان عاد الزوج فاكذب نفسه اي بعد اللعان ونفى الولد **قوله** وهذا عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد على ما سبق **قوله** وكذلك ان قذف غيره الخ على وزان ما قدمناه في زوال الاهلية بعد اللعان فالقذف بمجرد الزنا **قوله** وكذا اذا زنت فحدت قيل لا يستقيم لانها اذا حدت كان حدها الرجم فلا تبقى اهلا للزوج بل لمجرد ان تزني تخرج عن الاهلية ولذا اطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبته غيرها للزنا وهو معنى القذف فيستقيم توقف حلها للاول على حدها لانه حد القذف وتوجيه تخفيفها ان يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فان حدها الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال الاهلية المشهادة بطريق الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به الفاسق عنا في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الاهلية ليبطل ثمرته من الحرمة **قوله** ولو قذفها وهي ذمية او مجنونة قذف فاقتصر فلا لعان فكذا لو اسند القذف وهي ممن يحد قاذفها في الحال بان قال زنيت وانت صبية او مجنونة وجنونها معهود لم يكن قذفا في الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا بخلاف قوله زنيت وانت ذمية او مذ اربعين سنة وعمرها اقل من ذلك فانه يقتصر **قوله** لانه اي اللعان تعلق بالصريح كحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال احلف مكان اشهد لا يجوز ولا شهادة للاخرس في الاموال قطعا اولى وكذا اذا كانت خرسا لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال انها تصدقه او لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة **قوله** وفيه خلاف للشافعي ومالك والظاهرية فقالا عن بالاشارة عندهم اعتبره بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته وقالوا ان امامة بنت ابي العاص اصمت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فاشارت اي نعم فراوا انها وصية قلنا لم تثبت ذلك ولو ثبتا فيجوز الوصية ممن اعتقل لسانه بالاشارة لا يستلزم جوازه حده بها فلا يجوز اللعان لان الاشارة لا تعرى عن الشبهة والحدود تدرأ بها بخلاف غيره فانه تثبت معها **قوله** وبذا قال ابو حنيفة وزفر وقال احمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن ابي ليلى وابو ثور رحمهم الله عنه لقولها قال مالك وابو حنيفة رضي الله عنه اولا **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب الخ يعني وقت الوضع اذا وضعته لاقل من ستة اشهر من وقت القذف ليتيقن بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوي عن ابي يوسف انه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي بحديث هلال بن امية انه عليه السلام لاعن بينهما وكان قذفها حاملا على ما يفيده القصة التي ذكرناها **قوله** بخلاف كما لو علق كانه قال لكل امرأة يطلقها ولد فهو من الزنا ولو قاله لا يلزمه الحد وكذا ما بمعناه فان لم يكن حقيقة المعلق اذا بالولادة قد يظهر انه كان قذفا متجزا لكن فيه شبهة التعليق اذ في كل موقوف شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه لا بعاقبته فهو كالشرط في معنا وشبهة التعليق كحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وثبوت الشبهة

ولان الاحكام لا تترتب عليه لا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا انتفى الرجاء ولان امرأته عقيب الولادة في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولا عبرة به وان نفاه بعد ذلك لا عبرة به ويثبت النسب هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ينتفي في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للنقض بل لان الزمان للتامل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي

امتنع لعانا حاملا عندنا لان الحمل وان ترتب عليه احكام كرد المبيعة به والارث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وبلال لم يكن قذفها بمجرد الحمل بل بالزنا قال وحدث شريك بن سحماء على بطنها يزني بها وقوله عليه السلام انظروا فان جاءت به كذا الخ ما قدمنا فانظره كان انا لعلمه عليه السلام بحملها من طريق الوحي او لان اللعان ما حرم حتى ظهر الحمل وكذا احمد بن حنبل لعان بلال بالحمل قاله ابن الجوزي على ان كون لعانها كان قبل الوضع معارض بما قدمنا من الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد انه كان بعد وضعها وهو قوله فقال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجده عند اهله فلا حد على رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فلا يستدل باحدهما بعينه لان التعارض يوجب التوقف قوله ولنا ان الكلام لا ترتب عليه اي على الحمل الا بعد الولادة للاحتمال قبلها او يحتمل كونها نفخا او ماء وقد اخبرني بعض اهل علي عن بعض خواصها انها ظهر لها حبل واستمر لها تسعة اشهر ولم يكن فيها شيء له هيئة اسباب المولود ثم اصابها طلق وجلست الداية تحتها فلم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفي كل عصرة تجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد واما توريثه فالوصية به وله ولا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان للمعلول للحمل واما العتق فانه يقبل التعليق بالشرط فعتقه معلق بمعنى وامارد الجارية المبيعة للحمل فلان الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وفي البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الاصحاب اما عند ابي حنيفة فظاهر واما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد للحمل وانما يثبت له اسم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بالعيب لان الحمل ظاهر احتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ويمتنع اللعان بها لانه من قبيل الحدود والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب قوله واذا نفى الرجل الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفي الولد وله شروط بعضها متفق ومختلف فالمتفق ان لا يقبل التهنئة او لا يسكت عندها وهذا من المواضع التي اعتبر فيها السكوت رضا وقد اوردناها منظومة في كتاب النكاح الا في رواية عن محمد في ولد الامة اذا هنئ به فسكت لا يكون سكوته قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب الا بالدعوة فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس بدعوة وولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي والمختلف فيه ان يقع اعني النفي في زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولو وقع نفي بعده ان كان لم يقبل تهنئة لا ينتفي الا اذا كان فاتها على ما سنذكر فلم يعين لها مقدارا في ظاهر الرواية وذكر ابو الليث عن ابي حنيفة رحمه الله تقديرها بثلاثة ايام وروى الحسن عنه سبعة لانها ايام التهنئة وضعفه السرخسي لان نصب المقادير بالرأي متعذر وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لانها اثر الولادة فكان القياس ان لا يجوز النفي الا على فور الولادة كالقبول لكنا تركنا القياس اذا تاخيره مدة يقع فيها التامل لان النفي يحتاج اليه كيلا يقع تحت نفي ولده او استلحاق غير ولده وكلاهما حرام لقوله عليه السلام لعلين نزلت آية الملاعنة ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيمة وفضحه على رؤس الاولين والآخرين رواه ابو داود والنسائي وفي الصحيحين عنه عليه السلام من ادعى ابا في الاسلام غير ابيه وهو يعلم انه غير ابيه فالجنة عليه حرام والاتفاق على ان المدة اذا طالت لا يجوز النفي فجعل القصيرة مدة النفاس لانها اثر الولادة وكذا احكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل المنكوحة والصوم والقربان ولانها فور الولادة وقال لا معنى لتعيين مدة اصلا لانها للتامل والناس متفاوتون فيه والاحوال ايضا مختلف في افادته فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل احسن الله بارك الله جزاك الله رزقك مثله او امن على دعائه المنهي او سكوته عندها او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وقد بقي

وكلو كان صغيرا فكبر وهو يقول هو ابن الزوج الاول ذكرنا على الاصليين قال ولو ادعى الولد بعد موت احدهما لا يثبت النسب من الثاني حتى تشهد القابلة انها ولدت ولدا ميتا او تأتي بولد ميت يعرف انه سقط من هذه المرأة لان الولد الذي يعيش يمكن ان يعترف به الاول وينفيه الثاني وان لم يعش لا يمكن ذكره هذا ذكر في الزيادات وفي الجامع الصغير اذا قال انها حاضت ثلاثا بعد موت الاول وانقضت عدتها ثم ولدت لاقل من ستة اشهر منذ يوم مات الاول ثبت نسبه منه وورث منه وكذا لو ولدت لاكثر من ستة اشهر منذ يوم مات الاول لان الظاهر انها حبلى منه وقت موته وان كان الولد لا يعيش الا يوما واحدا او اقل ثبت نسبه منه لان الظاهر انها لم تحض على الحبل الا بعد موته وان ولدت لاكثر من سنتين منذ يوم مات الاول لم يثبت نسبه منه لان الظاهر انها حاضت على الحبل بعد موته وان ولدت لستة اشهر او لسنتين الا يوما ثبت نسبه منه لان الظاهر انها حاضت على الحبل قبل موته وان ولدت لاقل من ستة اشهر او لاكثر من سنتين

اجله الحاكم سنة فان وصل اليها فبها والا فرق بينهما واذا طلبت المرأة ذلك هكذا روى عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وكان الحق ثابتا للمولى ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلابد من معرفة ذلك وقدرناها بالسنة لانها تشتمل على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه لتعذر ايفاء الحق بدونها

من لا يقدر على اتيان النساء مع قيام الآلة من عن اذا حبس في العنة وهي خنيرة الابل ومن عن اذا مرض لان ذكره لين يمينا وشمالا ولا يقصد لاستدخاله وجمع العنين عنن ويقال منين بين التعنين ولا يقال بين العنة ولو كان يصل الى الثيب لا البكر لضعف آلته او لانه يغفل النساء دون بعض لسحر او كبر سن فهو عنين بالنسبة الى من لا يصل لها لفوات المقصود منها وما عن الهندواني في بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان نقص ذكره وانزوى علم انه لا عنة به والا علم انه عنين لو اعتبر علم ذكره فلا يؤجل سنة لان التاجيل ليس الا ليعرف انه عنين على ما قالوا اذ لا فائدة فيه ان اجل مع ذلك لكن التاجيل لابد منه لانه حكمه وفي المحيط البرهاني قصيرة لا يمكن ادخالها داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان صغيرا جدا كالرتقاء فحكمه كالمجبوب **قوله** اجله الحاكم سنة اي من وقت الخصومة ولا يعتبر تاجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعد ما اجله بنى المولى على التاجيل الاول **قوله** هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود اما الرواية عن عمر فلها طرق فمنها طريق عبد الرزاق ثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العنين ان يؤجل سنة قال معمر وبلغني ان التاجيل من يوم يخاصم وهكذا اخرجه ابن ابي شيبة ثنا هشيم عن محمد بن سلمة عن الشعبي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليك الحديث ورواه ابن ابي شيبة بسند ان عمر جعل العنين سنة من يوم يرفع زاد في لفظ وقال ان اتاها والا ففرقوا بينهما ولها الصداق كاملا ورواه محمد بن الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال ثنا اسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب ان امرأة اتته فاخبرته ان زوجها لا يصل اليها فاجله حولا فلما انقضى حول ولم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة واما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق بسنديهما وحديث ابن مسعود رضي الله عنه رواه ابن ابي شيبة بسنده عنه يؤجل العنين سنة فان جامع والا ففرق بينهما ورواه ايضا عبد الرزاق والدارقطني وروى ابن ابي شيبة عن المغيرة بن شعبة انه اجل العنين سنة واخرج ابن ابي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم انهم قالوا يؤجل العنين سنة **قوله** ولا بد من معرفة لذلك اي معرفة كون الامتناع لعلة معترضة او آفة اصلية في اصل الخلقة فقدرناها بالسنة لانها معرفة لذلك فانه ان كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها عن غلبة حرارة او برودة او رطوبة او يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الاربعة وكل فصل باحد بزة الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو اردى الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فان كان مرضه عن احد بزه ثم علاجه في الفصل المضاد له فيه او من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين مضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال **قوله** فاذا مضت السنة ولم يصل اليها عرف ان ذلك بآفة اصلية وفيه نظر فان ظاهره ان موجب التفريق كونه من علة اصلية والسنة ضربت لتعرفه وهو ممنوع اذ لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة كون ذلك لآفة اصلية في الخلقة اذ المرض قد يمتد سنة وايضا مآله حكم العنين المسحور وتقتضي السحر ما قد يمتد السنين وبمضي السنة يفرق بينهما اذا طلبت مع العلم بعدم الآفة الاصلية لغرض العلم بانه لا يصل الى غيرها من النساء فالحق انا التفريق منوط بالعلة ظن عدم زواله لزمانه او للاصلية ومضي السنة مع عدم الوصول يوجب ذلك وهو عدم ايفاء حقها فقط بايّ طريق كان والسنة جعلت غاية في الصبر وايلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد السنة اجلني يوما لا يجيبه لذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت

لا بد من طلقة لان التفريق حينئذ تكملة البائنة لان فعل القاضي كفعله في فعل الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة ويجب العدة لها من قبل

كان لها ذلك ويطل الاجل لان السنة غاية في ايلاء العذر وقال لبيد لابنيه حين حضرته الوفاة سألتموني ابتناي ان يعيش ابوهما ... وهل انا الا من ربيعة او مضر ... فقوما وقولا بالذي قد علمتما ... ولا تخمشا وجها ولا تحلقا الشعر ... الى الحول ثم اسم السلام عليكما ... ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر **قوله** ولا بد من طلبها بذلك اذا كانت حرة غير مقارفة فان كانت مقارفة فلا حق لها في التفريق وان كانت امة فالطلب عند ابي يوسف رحمه الله لها وعند ابي حنيفة رضي الله عنه لسيدها وهو فرع مسئلة الاذن في العزل وقيل مع ابي يوسف وقد مر ولا يسقط حقها في طلب التفريق بتاخير المرافعة قبل الاجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التاجيل مهما اخرت لان ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول للارضا بالمقام على ذلك ابدا فلا يبطل حقها بالشك ولو وجدت كبيرة زوجها الصغيرة عنينا تنتظر بلوغه لان للصبي ان يتزوج في عدم الشهوة قال قاضي خان الغلام الذي بلغ اربع عشرة سنة ذالم يصل الى امراة ويصل الى غيرها يؤجل ولو وجدت زوجها المجنون عنينا يخاصم عنه وليه ويؤجل سنة لان المجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة لانه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما والا نصب القاضي عنه خصما وفرق للحال ولو جاء الولي في المكتين بينة على رضاها بعنته وجبا او على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك تحالف فان نكلت لم يفرق والا فرق ولو نكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق لطلب الوكيل لم يذكر محمد واختلفوا فيه ولو اختلفا في الجب فاوجبته فانكره يرى رجلا فان امكن علمه بالحس من وراء ثوب لا يكشف عورته وان لم تتيقن بذلك الا بكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة الى سنتين ثبت نسبه ولا يبطل التفريق بخلافه في العنين حيث ثبت نسبه ويبطل التفريق ذكره في الغاية قال في شرح الكنز وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه الا يرى انها لو اقرت بعد التفريق انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه التفرقة بعد هذا البحث وهو ان للتفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فان ثبوت النسب منه ثبت انه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف اقراره بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به متناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة ولو كانت زوجة العنين او المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل تنتظر بلوغها لاحتمال ان ترضى اذا بلغت واذا رضيت قبل التاجيل او بعده قبل انقضاء السنة او بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك لو كان الزوج يجامع ولا ينزل بخلاف ما لو لم يكن لها طلب الفرقة **قوله** وتكمل الفرقة تطليقة بائنة وهو قول مالك والثوري وغيرهما وقال الشافعي واحمد رضي الله عنهما فسخ لانها من جهتها وقاس الماوردي على الفرقة بالجب قلنا بل من جهته فانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان ظالما فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله اليه والقياس على الجب ممنوع لان ثم الفرقة وبه ايضا عندنا طلاق وقوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا اي النكاح الصحيح التام الخالي عن الموانع لانه النكاح المطلق فيخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه فرقة بعد التمام فلا يقبله كما لا يقبل الفسخ بالاقالة وقد ذكرنا في رواية ابي حنيفة عن عمر رضي الله عنه انه جعلها تطليقة بائنة **قوله** ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز ان يمتنع من الوطء اختيارا لتعنيتها فيدار الحكم على سلامة الآلة ولا يحل تركها وطيها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لانها رضيت حيث

هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه بنكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة تقرن حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كن به وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان عنينا يفرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التاجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطيه مرجو واذا اجل العنين سنة وقال قربتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتايدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها ولم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التاجيل اعتبر السنة القمرية هو الصحيح

تكتفي بعد العلم بالحال ولو تزوجت به اخرى عالمة بحاله ففي الاصل كذلك يكون رضا وعليه الفتوى قيل لا يكون رضا جوازا تاميلها بره ودفع بانه احتمال بعيد بعد ان لم يبر اليها في اكثر من سنة فالظاهر لزومه وزمانه فتكون بالتزوج بها راضية بالعيب **قوله** هذا اي بهذا الذي ذكرنا من انها اذا طالبته بالفرقة اجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما اذا اعترف الزوج بعدم الوصول اليها في هذا النكاح وان تصادقا انه وصل اليها في نكاح قبله ثم طلقها لانه اذا وطيها في نكاح ثم ابانها ثم تزوجها ولم يصل اليها لها المطالبة بالفرقة فان اختلفا فادعى الوصول وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر في الكتاب **قوله** وان نكل اجل سنة سواء جعل النكول اقرارا او بدلا لانكاره الوصول **قوله** وان كانت بكرا اي بعد ما انكر وكانت بكرا وقت النكاح لا تحلف بل ترمى النساء فان قلن هي بكر اجل سنة من غير احتياج الى الحلف والنكول ليتقن كذبه وقوله فان قلن خرج على ما هو الاولى من ارائتها امرتين ثم جعلهما جمعا والاقامة الواحدة العدالة تكفي نص على العدالة في كافي الحاكم والشتاني احوط وطريق معرفة انها بكر ان يدفع في فرجها اصبعه مبتلة للدجاج فان دخلت من غير فتق فهي ثيب والا فبكر او تكسره وتسكب في فرجها فان دخل فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وان قلن ثيب ثبتت الثيوبة ولا يثبت وصوله اليها لان البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها غير ان القول قوله لو قالت زالت البكارة بالطبعة ونحوه فيحلف انه وصل اليها فان حلف تقرر النكاح وان كل اجله سنة ثم فرق ان لم يصل اليها ثم اذا اجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة فعلى ما اذا اختلفا قبل التاجيل ان كانت بكرا نظر ان اليها فان قلن بكر خيرت للحال بين الاقامة والفرقة وان قلن ثيب حلف فان نكل خيرت وان حلف استقر النكاح وان كانت ثيبا في الاصل فاختلفا قبل التاجيل او بعده فالقول له وان حلف استقر النكاح ولو نكل اجل وخيرت بعده وفي موضع تخيير يعتبر المجلس كتخيير الزوج فان قامت من مجلسها قبل ان تختار نفسها او قامها عونة القاضي ولو مكرهة لزم النكاح لانه كان يمكنها اختيار نفسها قبل ان تقام فاذا اختارت نفسها امره القاضي ان يطلقها فان ابى فرق بينهما كذا ذكره محمد في الاصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا يحتاج الى القضي كخيار المخيرة **قوله** لانه لا فائدة في التاجيل لانه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة بخلاف الخصي لان آلته قائمة وانما سلت خصيتاه او وجئ الموجي الذي رض خصيتاه قال بعض اهل المباشرة انه تمر من الخصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم يجسا الى فوق الى ان يرتفعا الى ظهره فلا يعود او يكون نشيطا كثير الجماع الا انه لا يحبل فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين **قوله** واذا اجل العنين سنة فقال الخ قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التاجيل بالاختلاف قبله بعيده **فرع** الخنثى اذا كان يحول من مثال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز فان وصل اليها والا اجل كالعنين ذكره الحاكم وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء اعني المجبوب والخصي والعنين وهي عالمة بحاله فلا خيار لها وان لم تكن عالمة بها فلها المطالبة بالفرقة **قوله** هو الصحيح صححه ايضا صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الائمة السرخسي والقاضي خان وظهير الدين من اعتبارها شمسية وهي رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه وبما ضربت السنة الا للتوصل الى صلاح الطبع ودفع المانع فيجوز ان يوافق طبعه مدة زيادة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها بوجه الاول ان الثابت عن الصحابة رضي الله عنهم ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا والى الشرع انما يتعارفون للاشهر والسنين بالاهلية فاذا اطلقه السنة انصرف

يحتسب بايام الحيض وشهر رمضان لو جبّ ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه واذا كان بالزوج عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي رحمه الله يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا وطبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد

الى ذلك بالم يصر حوا بخلافه فتم زيادة الشمسية قيل احد عشر يوما وعن الحلواني الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وخمسين جزءا من اليوم والقمرية ثلثمائة واربعة وخمسون كذا رايت في نسخة ورايت في اخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدس والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون وربع يوم الا جزءا من ثلثمائة جزء من يوم وفضل بينهما عشرة ايام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب والذي يظهر ان هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليه وكذا قول الراوي عن عمر في المراة التي اتت اليه فاجله حولا من غير تقييد في السنة والحول لم يرد الا بالاهلة هذا لانه تعرفه العرب واهل الشرع على ان الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذي تواردت عليه العرفان والله سبحانه اعلم **قوله** ويحتسب بايام الحيض اي يحتسب من السنة لوجودها في السنة يقينا وعادة **قوله** ولا تحتسب بمرضه ومرضها بهذا مطلقا وعن ابي يوسف اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب وعوض عنه لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليها بالليل لا النهار وذلك نصفه وكذا النصف من كل شهر وهذا اصح الروايات عن ابي يوسف وفي رواية ان ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به وفي رواية ان مدة اكثرة سنة وفي رواية اكثر السنة وعن محمد لو مرض في السنة يوجل مقدار مرضه قيل عليه الفتوى فان حج او غاب هو احتسب عليه لان العجز حصل بفعله ويمكنه ان يخرجها معه او يوخر الحج والغيبة ولو كان محرما وقت الخصومة قال محمد يوجل بعد احرامه فلا يكون عذرا بخلاف ما اذا احجت هي او غابت لا تحتسب عليه لان العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض فان حبس الزوج ولو بمهر ها وامتنعت من المجيء الى السجن لم تحتسب عليه فان لم يمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وان لم يكن موضع خلوة بمكنه جماعها فيه لم تحتسب ولو رافعة وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة ان كان قادرا على الاعتاق وان كان عاجزا امهله شهرين للكفارة ثم اجله فيتم تاجيله سنة وشهرين ولو ظاهر بعد التاجيل لم يلتفت الى ذلك ولم يزد على المدة **قوله** واذا كان بالزوج عيب الخ الحاصل انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائنا من كان عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف وهو قول عطا والنخعي وعمر بن عبد العزيز وابي زياد وابي قلابة وابن ابي ليلى والاوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري واتباعه في المبسوط انه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهم وعند محمد لا خيار للزوج بعيب في المراة ولها هي الخيار فيه بعيب من الثلاثة الجنون والجذام والبرص قال الشافعي لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة وللزوج الخيار اذا كانت رتقاء او قرناء ايضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها فيه في ثلاثة وهو قول مالك واحمد وقال الزهري وشريح وابو ثور ترد بجميع العيوب وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات والفعل من الاول والآخر على البناء للمفعول فيقال جذم وجن اذا اصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ولا يقال اجذم ولا اجن ولا مجن وثلثة من اسماء المفعولين من افعل جاءت على مفعول دون مفعل على غير قياس مجنون ومحزون من احزنه الله ومحبوب من احبه الله وجاء على القياس في الثالث في قول عشرة ولقد نزلت فلا تظني غيره مسنة بمنزلة المحب المكرم

وكذلك ان قوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ واختلف في هذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في العجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في العجب والعنة لانهما مخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله اعلم بالصواب

والفعل من البرص برص فهو ابرص وابرصه الله والرقوع الالتحام والرتقاء الملتحمة والقرن في الفرج اما غدة عظيمة او عظم ينبع مسلوك الذكر للشافعي رحمه الله ومن سعة النص في بعضها وقياسان في بعضها وثلاثة اقيسة في بعضها اما النص فما روي انه عليه السلام رد للعيب قال للذي راى بكشحها وضحا او بياضا الحق بلاك فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع انه ينفر منه الطبع وهذا الوصف وهو كونه منفرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس المعلل وهو المباعدة والفرارة فانه جنس الفسخ قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ويجعل الجذام منصوصا عليه في هذا الحديث لان الفرار ثبت بفسخ لكاحه والحديث رواه البخاري تعليقا عن ابي هريرة قال عليه السلام لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد وقياس النكاح على البيع في انه يفسخ بهذه العيوب كهذا عيوب يفسخ بها البيع فليفسخ بها النكاح وقياسا على المجبوب بجامع المانع الحسي فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منا قلنا اما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جميل بن يزيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم كعب بن عجرة ولد اسمه زيد ولو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ الحق بابلك من كنايات الطلاق واما الثاني فظاهر غير مراد للاتفاق على مباحة القرب منه وثيابه بمجامعته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه واما القياس فمختلف فيه جوازا لمقتضى او بشرطه فان المقتضي للفسخ العيب مع وقوعه في عقد معاوضة تجري المسامحة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عامة والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهارا لخطر المحل ولهذا اختلفت لذاته منها حتى اخبرناه على عبد وفرس غير موصوفين وصح مع عدم رؤية المرأة اصلا بخلاف البيع عندنا ثم اذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار الرد بلا عيب وفي النكاح لو شرط وتضاهر عيوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وانف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به وفي البيع يفسخ بدون ذلك ولو نهز لا بالبيع لم ينفذ وينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعنة مقتضيه وعن القياس الثالث نمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز ان يطأ من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه في ذات الفروج الفاسقة والبخر الزائد وح اندفع قول محمد ان قيس ذلك ما فيه يعطل عليها المقصد للوجد الاخير بخلافه هو اخذا وجدا كذلك لانه متمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق ووجه دفعه ودفع قول الزهري ومن معه انتظمه ودفع اقيسة الشافعي ومن معه قوله ولنا ان قوت الاستيفاء اصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ فاشتلاله بهذه العيوب اولى ان لا يوجب الفسخ ونظر فيه بان النكاح موقت بحياتهما قوله وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من وجه على الكمال والمستحق التمكن اي التمكن من الوطي وهو غير ممتنع لما قلنا قوله لانهما مخلان بالمقصود فان قيل هذا في المسئلة قبلها استيفاء الوطي من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعل المقصد المشروع له النكاح حتى يتخير في الفسخ بالجب وهذا تدافع اجيب بان الوطي له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصد الذي شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ممكنا حسيا يصح الرضيعة والايسة فلو كان المقصد الم يجز النكاح هو لا كما لم يجز استيجار الخبش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما اذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته

ان المقصد

باب العدة

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا وهي حرة فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة إذا كانت بغير طلاق في أحد الزوجين معنى الطلاق وحيث تعتبر الفرقة عن براءة الرحم في الفرقة العارية عن الكلام عن يتحقق منه

به ومن الاستماع بغيرها وجهة المقصودية فيما إذا كانت به لأنها لا تتمكن من الطلاق ولا الاستماع بغيره وعلى ما قررناه لا حاجة إلى ذلك بل هو مطرد لا يختلف والله تعالى أعلم

باب العدة لما ترتب العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا أو رد بها عقيب وجود الفرقة من الطلاق والإيلاء والخلع واللعان وأحكام العينين وهي في اللغة الإحصاء وعدت الشيء عدة أحصيته إحصاء ويقال أيضا على المعدود وفي الشرع تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت وينبغي أن يزاد وشبهته بأجر عطفا على النكاح والتربص للانتظار أي انتظار انقضاء المدة بالتزوج بحقيقته ترك لزم شرعا للتزوج والزنية في مدة معينة شرعا ولا شك أن سببها النكاح أو شبهته وزوال ذلك شرط فالإضافة في قولنا عدة الطلاق إلى الشرط ولم يحص الزوال بالنكاح لتسمية قالوا وركنها حرمات تثبت عند الفرقة وعند الشافعي رحمه الله الكف عنها وينبغي على ذلك أن العدتين إذا وجبتا من رجلين يتداخلان وتنقضيان بمدة عندنا وعنده لا وعلى هذا ينبغي أن يقال في التعريف هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لأنها لزومات والأفعال التربص فعلها والحرمات أحكام الله تعالى فلا تكون نفسه وعلى هذا قيل في حكمها أنه حرمة لكاح غيره عليها وحرمة نكاح أختها وأربع سواها عليه للصحيح لأن الحرمات التي تثبت عند الفرقة تركها بالفرض وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات نعم حرمة تزويجه بأختها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها ولا شك أنه معنى كونه هو أيضا في العدة لأن معنى العدة وجوب الاستمتاع بالتزوج إلى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة غير أن اسم العدة اصطلاحا خص تربصها لا تربصه ثم لزم مما ذكر أن لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه **قوله** إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا وليس جبانا في بعض النسخ ويشتمل الطلاق الخلع واللعان خلافا لمن قال عدة المختلعة حيضة واحدة قيل وهو بناء على أنها فسخ والحق أنه خلاف ابتداء لما تقدم في باب الخلع من التعويل على أن الأصل كون الفسخ موثرا في نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة أقراء وفي بعض النسخ بخيار البلوغ وغيره خلافا لابن عباس في قوله عدة الملاعنة تسعة أشهر وقوله مرة من تحيض يعني ممن تحقق حيضها لم يبلغ الإياس سواء كان تحيض الآن أو لو بلغت فرات الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل الإياس فتعتد بالأشهر بخلاف البالغ ترتشيا ورأت أقل من ثلاثة أيام فإنها تعتد بالأشهر **قوله** أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق من النكاح الفاسد والوطء بشبهة **وقولها** فعدتها ثلاثة أقراء مقتضى ما ذكر من ركن العدة كون عدتها مدة في ثلاثة أقراء لأن الحرمات تتعلق في مدة الأقراء فكان الأصل أن ينتصب لأنه ظرف زمان معرب واقع خبرا عن اسم معنى نحو السفر عدا لكنه اعتبر فيه الإطلاق المجازي أعني إطلاق العدة على نفس المدة ثم لا يخفى أن سبب العدة ما خوطب فيه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كما ذكرنا وإنما تركه المصنف لشهرة أن الطلاق قبل الدخول لا عدة فيه لقوله تعالى إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها **قوله** والفرقة إذا كانت الخ لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمعي لا يتناول إلا الطلاق الحقه بالجامع وهو أن وجوبها في محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق يعني يتبادر لكل

والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي هي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قال ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك ويحمل على الحيض اولى اما اولا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار فالطلاق يوقع في طهرين مجتمعا

من غير ترجيب تركوا النكاح الى ان تحيض عند الطلاق بعد الدخول انه لذلك ثم كونها تجب للتعرف لا ينفي ان تجب لغيره ايضا وقد افاد المصنف فيما سياتي انما اينما تجب لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه وقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الاقراء وقد تقرر الثاني كما في عدة الآئسة بخلاف غير المتاكد وهو ما قبل الدخول لا يوسف عليه اذ لا الف ولا مودة فيه قوله والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي هي الاطهار وقول الشافعي قول مالك ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة وابي بن كعب ومعاذ بن جبل وابي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري وزاد ابو داود والنسائي سعيدا يعني ابن المسيب وذكر بإسناده انه قول العبادلة بناء على انه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل ومن رواه عنه اكثر وهي وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة واسند الطحاوي الى قبيصة بن ذويب انه سمع زيد بن ثابت يقول عدة الامة حيضتان فعارض رأيهم عن زيد رأيه وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسن بن حي والبصري وشريك القاضي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدي وابو عبيد واسحق واليه رجع احمد وقال محمد بن الحسن في موطاه ثنا عيسى بن ابي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كلهم قال الرجل احق بامراته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطلاق منهم انما يصح اذا كانت الحيض لا الاطهار اذ كان طلقها في الحيض فانما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فعليه يبتني قولهم قوله اذ هو من الاضداد استدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا على طريقة اهل الاصول والفقه من عدم التجويز باسم الضد في الضد وقد وضع بعض اهل المعقول من معرفات الاشتراك كون المفهومين متضادين اما على طريقة اهل الادب فيجوز ويعرض تصحيح او توهمكم كما تقابل للجبان اسيد او تقابل كما لبعير توصف الانثى الا انها بمعزل من افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبر فيها واما في خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك ولي انه لم يعم انما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة الى الاستدلال لعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل وهو محل النزاع ولو استدل عليه بتبادر المتعددين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان احسن لا يقال استدلاله على انه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك لانا نقول لا يلزم من كون اللفظ حقيقة في متعدد اشتراكه لقضاء جواز التواطئ والتشكيك لا يقال ليس محل النزاع كما ذكرت لتضاد ولانا نقول انما وافق من قبل تعميم المشترك على ما تعميمه انه لا يكون الجمع وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز ان يراد كل من الحيض والطهر فتعتد بمضي ثلاثة اطهار وثلث حيض ثم تتمتع اذا اريد تحقيقهما في زمن العدة بها قوله والحمل على الحيض اولى اذ هي الحقيقة في محل الخلاف واقوى على دليل انفسه كانه لعدم دليل معتمد لهم وذلك ان قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذي جمع على قروء وانما بمعنى الحيض فانما يجمع على اقراء وهو على الدليل عليناه وكونه وقع في شعر الاعشى كذلك حيث قال

في كل عام انت جاشم غزوة ... تشد لاقصاها عزيم عزائكا مورثة مالا وفي الحي رفعة ... لما ضاع فيها من قروء نسائكا

اي من اطهارهن للتفرغ عنهن لا يجب القصر عليه وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت ابي حبيش فانظري فاذا اتاك قروءك فلا تصلي فاذا مر قروءك فتطهري وصلي وقال الراجز يا رب ذي ضغن وضب

الاماء مرتين لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلحق بيانا به

فارض قروء الاقراء الحيض اه يريد كحيض المحائض فان المعنى ان عدادته تجتمع فتجيء كعدد المحائض على انه قد قيل في بيت الاعشى ان المراد نفس الزمان اى زمان الطهر فان قرء يقال للزمان لغة كثيرا واستدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم يطلقها ان شاء فتلك العدة التي امر الله ان يطلق بها النساء يعني بالامر قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لا يصح لانه بناء على ان اللام فيه بمعنى في وهو غير معهود في الاستعمال ليستلزم تقدم العدة على الطلاق ومقارنته له لاقتضائه وقوعه في وقت العدة وقراءة ابن عمر في صحيح مسلم تنفيه اذ افادت ان اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من غير حاجة يقال في تاريخ باجماع العربية فرجع ثلثة بيقين ونحوه ويؤيده ما قال الطحاوي ان النبي صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك وذهب ابن عمر ان الاقراء الحيض فلم يفهم انها الاطهار وهذا على ما بيناه عنه في خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفا وتمسكهم بتانيث العدد في قوله تعالى ثلثة قروء وهو يقتضي تذكير المعدود والطهر هو المذكر لا الحيض فلو اريد الحيض لقيل ثلث قروء ليس بشيء لان الشيء اذا كان له اسمان مذكر كالبر والحنطة ولا تانيث حقيقي يونث عدده اذا اضيف الى اللفظ المذكر يذكر اذا اضيف الى المونث وفي العربية اذا كان المعدود مونثا واللفظ مذكرا او بالعكس فوجهان ونحن فيه كذلك فان للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومونث وهو الحيض فحين اضيف الى المذكر انث وكذا على الاصل الآخر فان الدم مذكر والقرء مذكر فيونث عدده ثم ذكر المصنف في الترجيح ثلاثة اوجه الاول قوله عملا بلفظ الجمع الى العشرة انه نقطع جمع معنى لا صيغة او يريد الجمع الصيغي المقرون بالعدد تنصيصا على المراد بكمية اعني لفظ قروء المفيدة ثلاثة فانه منقطع عنه احتمالا ان يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات المجموع فكيف بالكمية التي ليست حقيقة الجمع وهي اللازمة من حمله على الاطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث اذا وقع في الطهر واللازم احداث قول ثالث اذ كل من قاله انما الطهر قال يحتسب بالطهر الذي وقع فيه وهو نقض على التقدير القطعي الدلالة والثبوت بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه لو وقع الطلاق في الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذ لا يمكن التوصل الى حقيقة اقامة الواجب الا بها بخلاف طهرين وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقة اصلا لا يقال قد اريد بالعدد غير كمية المفادة به في قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لانا نقول لم يرد بالعدد عدد آخر مباين له بل مجرد التكثير واين هذا من ان يراد بسبعين مثلا ثمانون او مائة الثاني قوله ولانه اى الحيض هي المعرف بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر لانه وان دل فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالجبل اذ لو انسد به لم تحض عادة وكذا نص عليه السلام على ان مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا حيضة ولم يقل بطهر الثالث قوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وتقدم في كتاب الطلاق تخريجه واسناد الشافعي فيه سفيان بن عيينة عن محمد عبد الرحمن مولى ابي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر قال نكاح العبد امرتين وتطلق تطليقتين وتعتد الامة حيضتين قال لم اكن احيض فشهرين او شهر ونصف وكذا رواه الدارقطني والاجماع على انها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل في الكمية فيلحق قوله تعالى ثلاثة قروء للاجماع الكائن بالاشتراك بيانا له ومن الادلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة اشهر اذ لا شك في ان الاعتداد بالاقراء اصل والاشهر خلف عنه انما يصار اليه عند عدمها فلما علق سبحانه تعالى المصير اليه بعدم الحيض دل على ان

ان كانت ممن تحيض من مجزأ الكعب بعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض الخ الآية

هو المراد بالاقراء في الآية وكونه يعدم بالطهر لعدم الحيض فالتعليق بعدم الحيض انما هو لعدم الطهر احتمال يقابل الظهور اذ الطاهر تعليق المصير الى الحلف بعدم عين الشرع اصلا لا بعدم شيء آخر يستلزمه فكان الاصل ان يقال واللائي يئسن من القرء فلما جاء بعدم الحيض مكانه علم ان هو مشترك علم انه لا فائدة انه هو **فروع** تنقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بان وطيها وهي معتدة عالما بحرمتها بخلاف الوطء في الشبهة او كان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة واذا كان منكرا حتى لم تنقض العدة ليس لها ان تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويحل نكاح اختها **قوله** وان كانت لا تحيض لصغر بان لم تبلغ بسن المحيض على الخلاف فيه واقله تسع على المختار او كبر بان بلغت سن الاياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر ذكر ان بعضهم لما نزلت آية القرء قالوا قد علمنا عدة ذات القرء فما عدة التي لا تحيض فانزل الله تعالى هذه الآية والمعنى ان ارتبتم في عدة التي لم تحض فلم تعلموها فانها ثلاثة اشهر وقيل ان ارتبتم في الدم التي تراه من بلغت سن الاياس هو حيض او فساد فعدتهن ثلاثة اشهر ثم قال المصنف وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية يعني قوله تعالى واللائي لم يحضن يعني التي لم تبلغ بالحيض بل بالسن بان بلغت خمسة عشر سنة على قولهما وسبعة عشر سنة على قول ابي حنيفة ومالك رح ولم تحض اذا طلقت تعتد بالاشهر ايضا ثم ان وقع الطلاق في اول الشهر اعتدت بالاشهر بالاهلة اتفاقا وان وقع في اثناء الشهر اعتبر كاملا بالايام فلا تنقضي الا بتسعين يوما عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران المتوسطان في الاهلة والله اعلم ثم لا يخفى ما في كلام المصنف من عدم التحرير فانه جمع بين التي لا تحيض لصغر او كبر في الاعتداد بثلاثة اشهر واستدل على ذلك بقوله تعالى واللائي يئسن الآية ثم حض التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر بحيث قال وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية ولا يخفى ان اخذها اعني قوله تعالى واللائي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة اشهر للتي لم تحض لصغر كما انه هو المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن والحاصل ان من كان طهرها اصليا فعدتها بالاشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض وان استمرت لا تحيض الى ثلثين سنة فعدتها ثلاثة اشهر وهي مرافعة اولم تبلغ الى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلاف فيه انه تسع او سبع والاول اصح وعن الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل انها اذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر بها حبلت من ذلك الوطء ام لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر وينبغي على هذا ان يحتسب بالاشهر التي وقفت ليظهر حبلها اذا لم يظهر فانه ظهر بعدم الحبل ان تلك الاشهر كانت هي العدة وغاية الامر انها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراهقة في اثناء الاشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض هذا ومن ذكرانه تعتد بالاشهر المستحاضة التي نسيت عادتها وهو ما بلغن فيقال مطلقة شابة ترى الصفرة حيضا من كل شهر وعدتها الاشهر لكن في التحقيق ليس عدتها الا بالحيض لكن لما نسيت عادتها جاز كونها اول كل شهر او آخره فاذا قدرت ثلاثة اشهر انها انها حاضت ثلاث حيض تيقن بخلاف التي لم تمس فانها ترد الى ايام عادتها فجاز كون عادتها اول الشهر فيخرج من العدة في خمسة او ستة من الثالث واعلم ان اطلاقهم الانقضاء بثلاثة اشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح الا فيما اذا طلقها اول الشهر اما لو طلقها بعد مضي شهر قدر ما يصح حيضه ينبغي ان يعتبر ثلاثة اشهر غير باقي هذا الشهر والوجه ظاهر ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي نسيت عادتها ثلاثة اشهر ثم اكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لانها غير مخاطبة بل يقولون تعتد

فليطلقها لعدتها وان كانت حاملا وان نفسها ان شاء قال وادلة كل من القولين ظاهرة وان كانت ممن تحيض وعدتها حيضتان لقوله عليه السلام
طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وكان الرق منصفا للحيضة كالحرية ولان كمال مصارت حيضتين اليه اشار بقوله استطعت
لان الحيضة لا تتبعض ونصفها ان كانت كاملة تعتبر فاما كمال تنصيفه فعلا بالرق وضع الحرة في ثلاث اطهار اسقط الشرع
بقوله تعالى ثلاثة قروء ان الرق لا يتنصف بانفسه من الجهة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف

وفي المبسوط قال بعض علمائنا هي للاستحباب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بان يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع ان العدة مجرد مضي المدة فتشترط
في هذا الايدري الى توجيه خطاب الشرع عليها ولا يخفى ان القائل الاول قوله مبني على انها ايام الحيض او التطهير الواجب فان قلت فعلى
تقديرين كونها مضي المدة اليس ان فيها يجب ان لا تتزوج فلا يدخل تحت خطاب نهي التزويج بالولي فجعلها المدة كما قال شمس الائمة لا يستلزم
اسقاط قول الاول يخاطب الولي بان لا يزوجها قلت جواب لا يلزم فانا اذا قلنا ايام المدة فالذي ثبت فيها عدم صحة التزويج لا خطاب الولي
ومنع الشارح عدم الصحة لو فعل قوله وان كانت حاملا اي المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وان كانت امة والطلق قبلنا قول الكل
او ثبت النسب وغيره فلو طلق كبيرة زوجته بعد الدخول بها فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف بالحيض في رواية عنه وسنين في مسئلة الصغيرة وفي المنتقى اذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين او من
قبل الراس سوى الراس انقضت العدة والبدن من المنكبين الى الاليتين وفي الخلاصة كل من جملت في عدتها فعدتها ان تضع حملها والمتوفى
عنها اذا حملت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور قوله وان كانت اي المطلقة امة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان
وعدتها حيضتان لان الرق منصف وقد تقدم توجيه في فصل الحرمات وغيره والحيضة لا تتجزى فكملت وثبوت الزيادة ضرورة التكميل واجب
لان فيه تحقيق الواجب على ما تقدم آنفا وقوله اشار اليه عمر اي الى ان تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت الخ اخرج عبد الرزاق ثنا ابن جريج
عن عمرو بن دينار انه سمع عمرو بن اوس الثقفي يقول اخبرني رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب يقول لو استطعت ان يجعلها حيضة ونصف
فعلت فقال له رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر رواه الشافعي في مسنده وابن ابي شيبة في مصنفه ثنا سفيان بن عيينة عن عمرو
بن دينار ثنا في مسند عبد الرزاق ويشبه ان يكون سكوت عمر لعدم الالتفات الى قوله لانه كان يتكلم في ذات الاقراء والعدة بالاشهر
لا تكون الا من ليس منها فمشورة الرجل في غير محل الحكم المذكور وانما اذا كانت الاقرب من حيضة او كبيرة فعدتها شهر ونصف لانه منجبر فاشبه المتجزي
والمدبرة والمكاتبة وام الولد في الطلاق والفسخ كالامة قوله وعدة الحرة من الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام سواء كانت مدخولا بها
او لا مسلمة او كتابية تحت مسلم صغيرة او كبيرة او آيسة وزوجها حر او عبد حاضت في هذه المدة او لم تحض ولم تر حبلها وعن بعض السلف
حدتها عزيمة عام ورخصة الاربعة الاشهر والعشرة الايام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا الآية والجمهور على تسعة بالاشهر
الاشهر اعني ما كان من وجوب الايصاء والايقاف الى الحول وقال الاوزاعي اربعة اشهر وعشر ليال فلو تزوجت في اليوم العاشر جاز فانه
من تكبير العدد اعني العشر في الكتاب والسنة وهو قوله عليه السلام لا تحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة
الا على زوج اربعة اشهر وعشرا فيجب كون المعدود الليالي والا لاشتمل قلت الاستعمال في مثله من ذكر العدد الليالي يدخل ما بازاءها من
الايام على ما عرف في التاريخ حيث يكتب بالليالي فيقال السبع خلون مثلا ويراد كون عدة الايام كذلك وان كانت امة فشهران وخمسة
ايام على ما تقدم ثم ابتداء المدة من الموت وعن علي رض من وقت علمها حتى لو مات في سفر فلم يبلغها حتى مضت اربعة اشهر وعشر انقضت العدة
بذلك عند الجمهور وعنده رض لا تنقضي حتى تمر عليها من حين علمت لان عليها الاحداد ولا يمكنها اقامته الا بالعلم قلنا فصار اوان يكون كالنائمة
ولم تحد حتى مضت المدة تخرج اتفاقا عن العدة على ان المقصود الاصلي منها عدم التزويج وقد وجد ومعنى العبادة تابع لما سيذكر ووجوبها

وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها للاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رض من شاء باهلته ما نزلت سورة النساء القصرى الا بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر رض لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رح ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع

على الكتابية تحت المسلم ليكون قوله وان كانت اي المتوفى عنها حاملا فعدتها ان تضع عرة اوامة كالمطلقة والمتاركة في النكاح الفاسد والوطئ بشبهة اذا كانت حاملا كذلك لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن اكان سنة او لا يقول لابد من الوضع والآية اشهر وعشر وبه قول ابن عباس لان هذه الآية توجب عليها العدة لوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا يوجبها عليها فيجمع احتياطا وفي موطا مالك عن سليمان بن يسار ان عبد الله بن عباس رض وابا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفوا في المرأة تنفس بعد زوجها بليال فقال ابو سلمة اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت فقال ابن عباس آخر الاجلين فقال ابو هريرة انا مع ابن اخي يعني ابا سلمة فارسلوا كريبا مولى ابن عباس رض الى ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فاخبرهم انها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت وفي الترمذي انها وضعت بعد وفاته بثلث وعشرين او خمسة وعشرين يوما واخرج البخاري عن ابن مسعود قال اتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة من شاء باهلته لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى يريد بالقصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء والطولى البقرة والمباهلة الملاعنة كانوا اذا اختلفوا في شئ اجتمعوا فقالوا بهلة الله على الظالم منا وقيل هي مشروعة في زماننا وقد ورد بلفظ الملاعنة اخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجة بلفظ من شاء لاعنته لنزلت سورة النساء القصرى بعد الاربعة اشهر وعشر واخرجه البزار بلفظ من شاء حالفته واسند عبد الله بن احمد بن حنبل في مسند ابيه عن ابي بن كعب قلت للنبي صلى الله عليه وسلم واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن المطلقة ثلاثا او المتوفى عنها زوجها فقال هي المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها وفيه الهيثم بن مبلاح وهو متروك وقول عمر رواه في الموطا عن نافع عن ابن عمر انه سئل عن المرأة التي يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال اذا وضعت حملها فقد حلت فاخبره رجل من الانصار ان عمر قال لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد لحلت وفيه رجل مجهول وفي الصحيحين من حديث عمر بن عبد الله بن الارقم انه دخل على سبيعة بنت الحارث الاسلمية فسألها عن حديثها فاخبرته انها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بني عامر بن لوي وكان ممن شهد بدرا فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب ان وضعت حملها فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها ابو السنابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال لها اراك متجملة لعلك ترجين النكاح والله ما انت بناكحة حتى تمر عليك اربعة اشهر وعشرا قالت فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين امسيت فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فافتاني اني قد حللت حين وضعت حملي وامرني بالتزوج ان بدا لي وكلما كان الاعتداد بالوضع لا تنقضي العدة الا بوضع الكل فلو وضعت ولدا وفي بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها افتاني اني قد حللت حين وضعت يدفع من قال من السلف لا تحل حتى تنقضي مدة نفاسها كانهم اخذوه من قوله فلما تعلت من نفاسها قال لها انكحي من شئت ترتب الاحلال على التعلي فيتراءى توقفه على الطهر فيتقيد به لكن ما ذكرنا صريح في ثبوت الحل بالوضع ولو تزوجت بعد الاشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من المدة ظهر فساد النكاح ولحق بالميت قوله واذا ورثت المطلقة في المرض يتعلق بالمطلقة اي ورثت التي طلقت في المرض بان طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا اوماتت وهي في العدة فعدتها ابعد الاجلين اي الابعد من اربعة اشهر وعشر وثلث حيض فلو تربصت ستة مضت ثلث حيض ولم تستكمل اربعة اشهر وعشرا لم تنقض عدتها حتى تستكملها وان مضت اربعة اشهر وعشر ولم تمض لها ثلث حيض بان استدطهرا لم تنقض عدتها حتى تمضي وان مكثت سنين ما لم تدخل الازمة

لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق فلم تتم ثلث حيض وانما تجب عدة الوفات اذا زال النكاح في الوفات كما انه بقي في حق الارث لان في حق تقرير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولنا انه لما بقي في حق الارث يصير باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على ما اختلف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الا في الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر فان لحقت بدار الحرب وسبيت ثم عدت منها بثلاث حيض انقلبت عدتها الى عدة الحوائر لقيام النكاح من كل وجه لان استرقت وهي متزوجة او ستوفى عضو منها ولو جهاد انتقل عدتها الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة للاسترقاق

فتعتد بالاشهر اذا عرفت هذا فمن فسر البعد الاجلين بانها تعتد باربعة اشهر وعشر فيما ثلاث حيض مقصرا ولا يصدق الا اذا كانت الاربعة اشهر وعشرا بعد ثلث حيض وحقيقة الحال انه لا يدان تتربص الاجلين وبهذا الحكم ثابت في صور احدها هذه والثانية اذا قال لزوجته او زوجاته احداكن طالق بائن وبات قبل البيان ان فعلي كل واحدة الاحداد بابعد الاجلين فلو بين في احدهما كان ابتداء العدة من وقت البيان والثالثة ام الولد اذا مات زوجها وسيدها ولم يدر انهما مات اولا علم ان بينهما شهرين وخمسة ايام فصاعدا وسنفصلها ان شاء الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق البائن واحدة او ثلثا اما اذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه او في صحته بعد ما دخلت في عدة الطلاق ثم مات الزوج فانها تنتقل عدتها الى عدة الوفات وترث بخلاف ما اذا طلقها بائنا في صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث بالاتفاق قوله لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولهذا تلث حيض حكما واذا لم يلزم عدة الوفاة اذا انقطع بالموت وليس فيه الا انه بقي في حق الارث لاجماع الصحابة رد القصد قلنا لئن لهذا لا يستلزم الحكم ببقائه في حق العدة فلا تتغير به العدة بخلاف ما اذا كان النكاح قائما من كل وجه وانما انقطع بالموت فيجب عدة الوفاة فيه قوله فيجمع بينهما اي بين عدة الطلاق والوفاة وذلك لانه انقطع بالطلاق حقيقة بالموت حكما اما الاول فظاهر من المسئلة لانها قبل الموت واما باعتبار تجب عدة الطلاق واما الثاني فلاعتبار قيام النكاح عند الموت فان توريثها يستلزم ذلك ولانه يلزم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة الوفاة فتجب عدة الوفاة لكن يقتضي قول ابي يوسف ان اعتباره قائما للرد وقصده عدم توريثها عليه لا يستلزم ان يبقى في حق العدة وجوابه ان الارث لما ثبت بالشك والعدة تثبت به فاذا بقي النكاح شرعا في حق الارث فلان يبقى في حق العدة اولى مع ان الاصل ان الاشياء اذا ثبت بلازمه وهذا هو معنى قول المصنف احتياطا قوله ولو قتل على ردته الخ جواب عن مقيس عليه مقدر لابي يوسف وهو انه لو ارتد زوج المسلمة فمات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة ولا الحيض لان زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا هنا ورد بانه بالطلاق بالموت فلا تجب عدة الموت فاجاب بمنع حكم الاصل اولا وقال لا نسلم انه لا يلزمها عدة الوفاة بل يلزمها عليه الشافعي وذكرت بذلك فهو على الخلاف فيلزمها الجمع بين العدتين والحيض فلا يصح به الالزام ولئن سلمنا ان لزوم الحيض اتفاقي فالفرق ان توريثها وهو الحكم الثابت يفيد انه لم يعتبر النكاح شرعا فالحق بالموت لانه لو اعتبر كذلك لم ترث اذ لا ترث المسلم الكافر فلزم العلم باعتبار استناد الارث الى وقت حدوث الردة اعتبارا للردة موتا حكما وقد تحقق هذا الموت وهما مسلمان غير انه زال بالردة الاسلام وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة قوله واذا اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر فتكمل ثلث حيض لقيام النكاح من كل وجه اي بعد الطلاق الرجعي فلما اعتقت والحال قيامه من كل وجه تكمل بملك الزوج عليها والعدة في الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلث حيض كذا في الكافي ووضع في شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى ان الطلاق لم يحدث في الملك الكامل بل طرء كمال الملك بعده باعتق اللهم الا ان يحمل بقائه الحكمي حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت احماعية لكن هي خلافية ويقولنا قال الشافعي رضي الله عنه في الاظهر واحمد واسحاق والحسن والشعبي والضحاك وقال مالك وابو ثور لا يكمل عدتها في الرجعي والبائن عن الزهري وعطاء وقتادة تكمل فلا يدين انتهى

وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومقتضاه ان رأت الدم على العادة كان رجعة

اعتبارا بقائه كما بتدائه وجه قول مالك ان مجرد الطلاق لم يثبت عدة الاياس وشرطها وهو ورود الطلاق على امة عقيب نكاح متأكد فلو وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب وتحقيق الجواب منع تاثير سبب العدة في كمية مخصوصة فالنكاح سبب العدة حتى الطلاق فقط لا يفيد كمية خاصة اذ لا يعقل تاثير النكاح في خصوص كمية بل في مطلق التربص تعرفا وتاسفا وتقدير الكمية لحكمة اخر سنذكرها عدة النكاح الفاسد روح مسلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صور الانتقال الى جميع كميات العدة البسيطة وهي اربعة صورتها امة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف فلو حاضت في اثنائها انتقلت الى حيضتين فلو اعتقت قبل مضيها صارت ثلث حيض فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى اربعة اشهر وعشر قوله وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور يعني كون كما تا شرعيا اذا وجدت امرأة آيسة فاعتدت بالشهور قوله ثم رأت الدم بعد انقضاء الاشهر وفي خلالها انتقض ما مضى من عدتها وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة حتى لو كانت خلت من الزوج الآخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها صرحوا به ويندرج في اطلاق الانتقاض وهو للاعم للتعليل الذي ذكره في الكتاب بقوله لان طروها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن تعليقا وعلله بان شرط الكفية اي كفاية الاعتداد بالاشهر عنه بالحيض تحقق الاياس بالنص وهو قوله تعالى اللائي يئسن من المحيض الآية فالاياس لا يتحقق الا باستدامة العجز الى الممات كالقدرة في حق الشيخ الفاني فاذا ظهر الدم ظهر عدم التحقيقة فظهر عدم انقضاء العدة الا ان هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا وليس يلزم من عدم تحقق وجوده بجواز كونه وما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لانه ح ظاهر في انه ذلك المعتاد وهو لو لم يبطل الاياس ثم فسر بعضهم هذا بان تراه سائلا كثيرا جعله احترازا عما اذا رأت بلة يسيرة ونحوها وقيد ايضا بان يكون احمر اذا سود فلو اصفر او اخضر او ترتبته لا يكون حيضا ومنهم من لم تعرف فيه فقال معناه اذا رأته على العادة الجارية وهو يفيد انها اذا كانت عادتها قبل الاياس صفرة او كدرة فرأته كذلك كان حيضا فظهر عدم انقضاء العدة بالاشهر ثم انقضاء العدة والاستيناف فاقتضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير الاياس بمدة او لا وذكر في المحيط ان في ذلك روايتين في رواية لا تقدير فيه وانما ينتهي على هذه ان تبلغ من السن ما لا تحيض فيه مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم بانها فان رأت بعد ذلك وما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الاشهر وينظر فساد النكاح ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال وفي رواية تقدر بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن وعليه اكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد انه قدره في الرومية بخمس وخمسين سنة وفي غير الرومية بستين سنة وبه قال الصفار وقال ابو الليث لو حاضت ثم انقطع عنها الدم لتعبير ستين سنة ولو كانت عادتها امنا واخواتها انقطاعه قبل ستين تاخذ بعادتهن ومن بعد ستين لا تدع بها دتهن وقال لا تقطع ما ذا رأت الدم بعد ذلك وما لا يكون حيضا كالدم التي تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها وبهذه العبارة تفيد انه لا يحتاج الى حكم القاضي بالاياس وكذا العبارة العالمة اذا بلغت المقدر يعني وانقطع حيضها حكم بانها فان رات الدم بعد ذلك لا يكون حيضا انما تقضي ان عند بلوغ المقدر وعدم الانقطاع يحكم به شرعا فقبل يكون حيضا ويبطل به الاعتداد بالاشهر وينظر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين وما ذا لم تر الدم بالاجتهاد والدم حيض بالنص فاذا اتاه مقدوح بالنص بخلاف الاجتهاد وبهذا كذا نقل بعضهم فهو يفيد كون الخلاف انما هو على رواية التقدير واما على رواية

يبطل الايأس حوا فيهم فقاربه لم يكن خلفا لان شرط الخلف تحقق اليأس وقد بسرامة الخ ان الحلت كالذرية وهي تحيض الغلان

عدمه فلا خلاف في الانتقاض وفي الغاية معتبرا الى الاسبيجابي على رواية عدم التقدير ولو اعتدت بالاشهر ثم رات الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا ثبت خلاف المشائخ على الروايتين وفي بعض العبارات بالقيدين عدم الانتقاض اذا حكم القاضي بايأسها وتقيدوا لانتقاض بعدم حكمه قضى الخلاصة نقل من نوادر الصلوة عن محمد في العجوز الكبيرة اذا رات الدم مدة الحيض نحو حيض ثم نقطع كل ابن متقاتل انها محمولة على ما اذا لم يحكم بايأسها اما اذا انقطع وحكم بايأسها وهي ابنة ستين سنة ونحوه فرات لا يكون حيضا وقال بعده بخطوط وطريق الفقيه ان يدعي احد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة يقتضي القاضي بجوازه بانقضاء العدة بالاشهر قال وكان الصدر الشهيد يفتي بانها لو رات بعد ذلك وما يكون حيضا ويفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاشهر وان كانت رأته بعد تمام الاعتداد بالاشهر لا تبطل الا نحكم يقتضي القاضي بجواز ذلك اولم يقض ثم ذكر الخلاف مريحا بنيانا على ما قلنا من بجموع النوازل الآئسة اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم يكون النكاح فاسدا عند بعض المشائخ الا اذا قضى القاضي بجواز النكاح ثم رات الدم لا يكون النكاح فاسدا ثم قال والاصح ان النكاح جائز ولا يشترط القضاء وفي المستقبل العدة بالحيض انتهى فتحصل في المسئلة اقوال على التقدير وعدمه وبعدم تنقض اذا رأته قبل انقضاء الاشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قد اتحل مدة الايأس اولا حكم بالايأس اولا وهو ظاهر مختار المصنف من التصوير والتعليل لا تنقض مطلقا ينتقض كذلك اذا رأته قبل تمام الاشهر وان كان بعدها فلا يبطل فلا تنقض الا نحكم يقتضي بالايأس اولا وهو قول الشهيد تنقض ان لم يكن يقتضي ايأسها كما قلنا لا تنقض ان كان حكم بايأسها وهو ان يدعي فساد النكاح فيقتضي بصحته وبانقضاء العدة وينقض ان لم يكن حكم بالايأس والقول المصحح في النوازل انتقض في المستقبل فلا تعتد الا بالحيض لا الماضي فلا تفسد الا نحكم المباشرة عن الاعتداد بالاشهر واذا عرفت هذا فقول المصنف هو الصحيح احترازا عن كل قول يخالف اطلاق الانتقاض مطلقا كان او مفصلا مبنيا فتاه على اشتراط تحقق الايأس لخفية الاشهر بالنص وان تحقق اليأس لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى الممات لا شك في الاول لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لا اعلم فيه دليلا سوى ما يتوهم من لفظ اليأس اذ يقتضي ذلك ولا شك ان اليأس من مقولة الادراك فانه ليس الا اعتقاد ان الشيء لا يقع ابدا اما انه يستدعي كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود خلاف متعلقه فلا وكذا قد تحقق اليأس من اشياء ثم يوجد وكثيرا ما يقال في الوقائع كنت آئسة من كذا ثم وجدته فانما يستدل بسبالة وكونه بان ينعدم الحيض ويمتد وينتفي محامل وجوده في باقي العمر لكبر السن كاف فيه وعلى هذا اذا رأته بعد الايأس لا تنقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالاشهر لوقوعه معتبر الوجود شرطه ويبقى النظر بعد ذلك في انه هل ينقض فيما يستقبل فلا تعتد الا بالحيض فيكون هذا ما صححه في مجموع النوازل اولا ينتقض فيما يستقبل ايضا كقول الصغار وغيره وهو مبني على النظر فيما ترجح في هذا المرئي بعد الايأس هو حيض ام دم فاسد ولا تعلق له بالقضاء بالايأس وعدمه اذ القضاء لا يرفع وجود المسوغات في المستقبل والوجه يقتضي الخلاف في المستقبل فلا ينقض ما مضى لوجود الشرط وهو الايأس لوجود سببه وهو الانقطاع في سنه وهو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الخمسون وعدم مخائل كونه استدرارا للطمث ولا يجري في المستقبل الا الحيض لتحقق الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد وقد علمت ان الايأس لا بناء فيه فاذا تحقق اليأس تحقق حكمه

ولو حاضت حيضتين وشرعت في الثالثة تعتد بالشهور وتخرج عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عن عدة الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض

واذا تحقق الحيض تحقق حكمه والله سبحانه اعلم واما كون العجز المستدام شرطا في الشيخ الفاني فلا يستلزم مثله في الآيسة اذ لا ملازمة بينهما ثبت شرعا والمسئلة نصية لا قياسية نص يقال على تعليق الاعتداد بالاشهر عند الايأس فقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الايأس فثبت الاعتداد بالاقراء بالنص **قوله** ولو حاضت حيضتين ثم آيست بان بلغت سن الايأس عند الحيضتين وانقطع او انقطع عندهما في سن لم تحض فيه امهما وانواعها على ما ذكر الفقيه وقوله تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور انها تستانف العدة بالشهور واورد عليه ان المتوضئ اذا سبقه الحدث فمسح للصلوة ولا ماء يتيمم ويبني وكذا لو صلى اول صلوته بركوع وسجود ثم عجز له البناء بالايماء وهما يدلان لان اجيب بالمنع فليس الصلوة بالتيمم بدلا عنها بالوضوء بل الواجب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء والجمع ان يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد وليست هنا كذلك بل رفع الحدث الاول بالماء ورفع الثاني بالتراب ولا الايماء خلف على الاركان لانه موجود فيها وزيادة ولكن يسقط عن بعض ما لا يقدر عليه لعذر ويبقى البعض على حاله وبعض الشئ لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه فانما تكون الخليفة بشئ آخر **قوله** والمنكوحة نكاحا فاسدا وهي المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثاني بانها متزوجة فان كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطيها لانه زنى واذا زنى بامرأة حل لزوجها وطيها وبه يفتى كذا في الذخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند ابي حنيفة رده خلافا لهما والموطوءة بشبهة كالتي زفت الى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه اذا ادعى الاشتباه **قوله** عدتها الحيض في الفرقة لكائنة بتفريق القاضي او عزم الواطئ على ترك وطيها والموت اي موت الواطئ وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا ومطلق اسم الزوج انما يقع على المتزوج بنكاح صحيح والعدة شرعا للتعريف لاظهار خطر النكاح باظهار التاسف على زواله غير ان الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب ان يكون على الوجه الذي هو ثابت في الصحيح ولذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما في الاستبراء وانما وجبت في النكاح الصحيح ثلاثا لان المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل لا يجوز لانه مجتهد فيه وخروج الدم استحاضة فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به واستحاضة معه عندنا وغاية الامر انه مخالف للعادة بخلاف ما اذا تكرر في الاشهر فانه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا بالحيض او الاستحاضة مع الحمل بالنسبة الى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له الا يرى انه يجب باستحداث الملك على المرأة فعرفنا بذلك ان فيه شائبة التعبد **قوله** واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض فان لم تحض فثلاثة اشهر يعني اذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا في عدته فان كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الاول وفي الثاني والثالث لا تجب عليها عدة المولى لعدم ظهور فراش المولى ولموات وجها ومولاها ولا يدري ايهما اول فانما ان يعلم ان بين موتيهما اقل من شهرين وخمسة ايام كائنا ما كان ذلك من يوم الى شهرين واربعة ايام او يعلم انه شهران وخمسة ايام فصاعدا او لا يعلم كم بينهما ففي الاول تعتد باربعة اشهر وعشرة لانه ان كان موت المولى اولا فلا عدة منه لانها ذات بعل ثم موت الزوج بعده وهي حرة موجب لاربعة اشهر وعشر وان كان موت الزوج اولا لزمها شهران وخمسة ايام ثم

وقال الشافعي رح حيضة ولسنا لانها اعتبت بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها دخلت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح

موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لانها معتدة ولا تتغير بالانها تختص بفرقة الرجعي فتيقنا بعدم وجوب العدة من جهة المولى وارث في الزوج بين كونها اربعة اشهر وعشرا وشهرين وخمسة ايام فوجب الاحتياط فلزمها اربعة اشهر وعشر وفي الثاني تجب ان تعتد بابعد الاجلين يعني تجمع بين اربعة اشهر وعشر وثلث حيض لان السيد ان كان مات اولا ثم مات الزوج لزمها اربعة اشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات اولا فعدتها شهران وخمسة ايام ثم موت السيد بعدها يوجب عليها عدة ثلث حيض لانها بعد انقضاء عدة الزوج فعلى تقدير عدتها اربعة اشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة ايام ثلاث حيض فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط ان تعتد باكثر ما يلزمها وفي الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون الواقع على الوجه الذي ذكرناه وعند ابي حنيفة تعتد باربعة اشهر وعشر فقط لاحتمال ان الزوج هو المتاخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب لانه العمل بالدليلين ولا يخفى انه مشترك الالزام قوله وقال الشافعي رح حيضة واحدة وهو قول مالك رح وقولهم قول ابن عمر رض وعائشة رض وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهري والاوزاعي واسحق انها تعتد باربعة اشهر وعشر وقولنا قول عمر رض وعلي رض وابن مسعود رض وعطاء والنخعي والثوري وعند الظاهرية لا استبراء على ام الولد وتتزوج ان شاءت اذا لم تكن حاملا وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الجلي وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة وهذه المسئلة قياسية ولا شك انه تحقق بموت المولى وعتقه كل من امرين زوال ملك اليمين وزوال الفراش فقاسوا على الاول فكذا تربص يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء وقلنا تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلث حيض كالتربص في الطلاق وهذا ارجح لان العدة مما يحتاط في اثباتها فالقياس الموجب للاكثر واجب الاعتبار على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما في ايجاب الزائد على الحيضة وذلك لان نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس الا عدمية حكم الاصل وهو وجوب التربص حيضة فقط وعدم وجوب الزائد بالعدم الاصلي لا لانه مقتضاه فان اثر العلة فيه وفي كل قياس انما هو في تعدية حكم الاصل لا في غيره نفيا ولا اثباتا ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضي لوجوبه فاذا علمت هذا فايجاب الزائد على الحيضة بمقتضى القياس الذي عيناه ولا يقتضي نفيه ما عينوه فيسلم ايجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالمعارضة انما تثبت بين كل قياسين اذا لم يكن موجب احدهما بعض موجب الآخر وهو يثبت بطريق اللزوم لما قلنا من انه ليس من مقتضى العلة التاثير لغير حكم الاصل بنفي ولا اثبات فاذا كان في الفرع عما معان بل مانع احدهما يقتضي فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فانه يلزم من اقتضاء احدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر اللهم الا ان يجوز القياس والتعليل لنفي حكم فان النفي رح مقتضاه وفيه كلام في الاصول ليس من اختياره شرط كون العلة امرا عدميا والمحققون على نفيه لان العدم لا يؤثر شيئا وما وقع في الفقه بمباشرة التعليل به كقول محمد في عدم الخمس في موضع لانه لم يوجب عليه المسلمون ونحوه فانما هو تحقيقه بناء الحكم على العدم الاصلي بناء على انه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطا به الخمس الا ذاك وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس اي يبقى على عدمه الاصلي لانه الحاق بجامع مؤثر بخلاف ما اذا كان موجب احدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه فان الجامعين متغايران على اثبات ذلك البعض وتيقن احدهما باثبات امر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر

ثم اما مناقبه عمر رض فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي رح لان الحمل ليس بثابت النسب بدليل انتفاء

عدة الحمل لحدوثه لانه وجبت الدار بالشهور فلا تتغير بعد ثبات الحمل في بعض فيه كما وجبت وجبت مقدرا بمدة أقل فانقرئ لا يلزم لو أتت الكبيرة اذا حدث بها الحمل بعد الموت لان نسب بثبت سنة فكان كالقائم عند الموت حكما ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان العبي لا ماء له فلا تصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل لانه سمى الاسم في ثلثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان للمعتدة بشبهة فعليها عدة الزوج وتداخلت العدتان وتكون باقية الزوج من حين شبهتها حيضا واذا انقضت العدة الاولى وهي في الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله عليها عدتان لان المقتضى هو العبادة فاذا وجبت عن التزوج والوطء تداخلتا كالصوم والصلوة في وقتين والمتفاوت التفرق عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فقد تداخلتا ومعنى العبادة تابع لا ترى انها تنقضي بدون عليها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا ولدت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتدأ

الالغاء شرع الاشهر مع تحقق الاقراء به يظهر فساد ما ذكره من مورة القياس فان حقيقته ليس الا نفي الحكم لنفي العلة المتساوية وهي ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر حالة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى في الحامل بحادث بعد موت الصبي ونحن منعنا علية فضلا عن مساواته لكن لا يخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس للاقتصار حق النكاح ممنوع بل لازالك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح وقدمنا ان شرعية لكل من الامرين قد ينفرد احدهما وحينئذ نمنع الاولى عدم التعرض للنفي ويكفي كون العدة مطلقة للقضاء فانه اذا ثبت الامر للاعم ثبت لكل خصوصياته فثبت كونها بوضع الحمل للنفي ايضا واعلم ان قول ابي حنيفة ومحمد في المسئلة التي استبعدنا بها قول ابي يوسف اعني المطلقة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ان عدتها تنقضي من سنة اشهر على الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت تعجلتها اضافة للحادث وهو الحمل الحادث اقرب زمانه **قوله** بخلاف الحمل الحادث شرع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل اذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بان حال الموت حال زوال النكاح وعدته فلا بد من ان يثبت العدة اذ ذاك والفرض ان الحمل لم يثبت بالوضع وعدمه فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع او بالاشهر من ضروريات العقد بعد العلم بما ذكرنا فعند عدمه والفرض ان العدة ثبت لا يتوقف فانها تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية بأولات الاحمال حالة الفرقة **قوله** ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها حمل بعد موته بان جاءت به لاقل من سنتين مع حدوثه في نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه في نفس الامر واجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل التوافق بين الحكمي والواقع الا ان تحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حيث تيقن بحدوثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند التامل لا معنى لايراد الجواب عنه بما ذكر اصلا **قوله** ولا يثبت نسب الولد في الوجهين اي في الحادث بعد الموت وغيره لان العبي لا ماء له فلا تصور منه العلوق وقوله والنكاح يقوم مقامه اي مقام العلوق في موضع التصور لان الشئ انما يقدر تقديرا اذا امكن تصوره تحقيقا **قوله** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل لانه سمى الاسم في ثلثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان **قوله** واذا وطئت المعتدة بشبهة من اجنبي او من الزوج ووافق الشافعي في احد قوليه فيما اذا كان الواطئ المطلق والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر او في العدة اذا قال ظننت انها تحل لي والتي طلقها بالكناية ثم وطيها في العدة او كانت في عدة فوطيها آخر بشبهة او في عصمة فوطيها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففي هذه تجب عدتان وتبتدأ خلان وهو قول لك وعدمه قول الشافعي واحمد وما في الغاية من ان الشبهة في المطلقة بالطلاق الثلاث في الفعل كالشبهة في الفعل لا تثبت النسب في الاولى وان قال ظننت انها تحل لي واذا لم تثبت النسب لا يجب به العدة سياتي موضعه في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ثم معنى البتداخل جعل المرء عنهما حتى لو كانت وطيت بعد حيضة من العدة الاولى فعليها حيضتان تمامها ويحتسب بها من عدة الثاني وللآخر ان يخطبها اذا انقضت عدتها من الاول لا نهائي عدة ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله ان يراجعها اذا شاء ثم لم يقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر وان طلقها بائنا فليس له ان يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه كذا اذا كانت العدتان بالشهور قالوا والخلاف مبني

ولكان المقصود التعريف فمن فرائضه وقد حصل بالواحدة فتنقضي العدة بالحلان وتبقى العبادة تابع لا يرى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف

على ان ركن العدة ماذا فعند الشافعي كف النفس عن الحرمات في مدة معينة فاذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب آخر لا يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل انما التداخل لائق بالعقوبات الا ترى ان من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا الركن نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة ويمكن اجتماع حرمات في الشيء الواحد كالخروج والتزويج فيما نحن فيه في زمان واحد بأسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهارا للصائم وكذا ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف ونحن نخالف الكلام ونقول لا شك انه ثبت عند تمام سبب العدة امور هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزويج في مدة معينة تنتهي هذه الحرمات بانقضائها ووجوب التربص في تلك المدة ايضا ثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع ان هذا الوجوب لا يدان يثبت لازما للحرمة يدانى تأمل ومتعلق الوجوب ليس الا فعل الكف والتربص وانكان الانتظار فهو من افعال النفس فانا ارد تعيينه لم تر انسب به من كونه ترك تلك الحرمات الى انقضاء المدة وترك الشيء لا يخرج عن كونه كف النفس عنه او حبسا ومن ظن المقابلة بين الكف والترك لعدم التحقيق وحيكون حاصل تربصن نهيا عن تلك الامور لانه طلب كف عنها كما جعلوا ذروا البيع نهيا عنه فاذا ثبت تحريم هذه الامور ومن المعلوم ان لزوم الكف لا يتعلق بالمرأة الا عند علمها بالسبب اذ التكليف بالمقدور لا قدرة بدون العلم ويحكم هذه المقدمة وهي ان الحكم انما يثبت في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب فالمقدمة القائلة ان الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم انها اذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لان الثابت في حقها لم يكن حكم الخطاب بل غايته اصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في اصل الوجوب على ما عرف او علمته ثم لم تكف اي لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الزنا الى ان تمت المدة خرجت عن العدة اثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على ان معنى العبادة تابع كما قال المعلل الدليل على ذلك تحقيقا في حق من لا تصح العبادة منه فلا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق العدة في الشرع بالاضافة انما هو لتعرف فراغ الرحم ولانها حظر النكاح والبيع فقد يجتمعان كما في ذوات الاقراء وقد لا كما في الآيسة والصغيرة ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها عن متعلقات ذلك المحرمات فلا شك ان العدة تطلق على كل من تلك الامور اما على التربص ففي قولنا وجبت العدة ونحوه واما على نفس المدة ففي نحو قولنا انقضت العدة وما سنذكره ايضا واما على نفس الحرمات فغير مدعوانا انها الركن لكن الشان في بيان ان مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا فالذي يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن ثلاثة اشهر انه نفس المدة الخالصة التي تعلقت الحرمات فيها وتقييدها بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص وقوله تعالى يتربصن انما يفيد لزوم التربص لانه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلا من الامور ثابت عند تمام سبب الكلام الان ليس فيه واما قوله تعالى اجلهن ان يضعن حملهن حتى يبلغ الكتاب اجله فاذا بلغن اجلهن فالاجل ما كان من المدة لتأخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت بمضي هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتها فلا دليل فيه ايضا الا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا في التربص واما وصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فانما يقتضي ان المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه المفهوم من حقيقتي الاظهر او ذاك لو لم يعارضه نظم القرآني فنقول فيه يجب كون مسمى العدة المدة التي تعلقت فيها الحرمات عند الكل

ثم

وع نقول لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف او الحرمات بل يصح ثبوته مع الاتفاق على انها المدة حقيقة وذلك لان العدة وقع تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيهما لان تداخلها واللازم منتف وهو انتفاء تداخل العبادات سواء جاز لازما لتداخل العدة او كان عينا تداخلها فلذا والله اعلم اقتصر المصنف على كون المنتفي ما هو الدرق على هذا التقدير ان الكف الواجب لم يجب بحقيقته على وجه العبادة بل مطلقا اذ الدليل يوجب كونه واجبا ايجاده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدم الاتفاق على ان البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقا او لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونه اثما مع انه لم يتحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم انه لم يجب على انه عبادة نعم هو له عرضية ان يصير عبادة فان البالغة العاقلة اذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع نزوع النفس لذلك متقربا بالله وقصد الطاعة وقع ذلك عبادة لله تعالى لا انه يجب ايقاعه كذلك لما ذكرنا **قوله** والمعتدة عن وفاة اذا وطيت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها فلو لم تر فيها فلو ما يجب ان تعتد بعد الاشهر ثلاث حيض **قوله** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق لان سبب وجوب العدة الطلاق تساهل فقد قدموا ان سببا النكاح والطلاق شرطا وان الاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط فالاولى ان يقال لان عدة الطلاق والموت تتم السبب فيعتبرها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالصيرورة **قوله** ومشائخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا للتهمة المواضعة في العدة في الكتاب الفاسد عقيب التفريق او عزم الولي على تركها وطيها وقال زفر هو من اخر الوطيات كان الوطي هذا يجب

ان تعتد بعد الاشهر ثلاث حيض **قوله** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق لان سبب وجوب العدة الطلاق تساهل فقد قدموا ان سببا النكاح والطلاق شرطا وان الاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط فالاولى ان يقال لان عدة الطلاق والموت تتم السبب فيعتبرها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالصيرورة **قوله** ومشائخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا للتهمة المواضعة في العدة في الكتاب الفاسد عقيب التفريق او عزم الولي على تركها وطيها وقال زفر هو من اخر الوطيات كان الوطي هذا يجب

لو كان كل وطي وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطية الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا لا يكتفي في الكل بمهر واحد يقضى المتاركة لو التزم لاثبت العدة مع جواز وجوده عليه لان الكل على وجه الشبهة انما يقام مقام حقيقة الوطي لخفائه ومسائر الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره وإذا ثبت العدة اقتضت حدثا وكذا بناء الزوج كان للقول قوله مع اليمين لان البينة في ذلك تثبت بالكتب فتحلف كالمرأة واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها وعليها عدة كاملة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليها بقية العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المس فلا يوجب كل المهر ولا استيناف العدة فاكمال العدة الاولى اغلب بالطلاق لانه لم يظهر حال المزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم ولدت منه ولدا فانها مقبوضة في يده حقيقة بالوطية الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جاءت العدة وهي مقبوضة ثابت له ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالمغاصيب يشتري المغصوب الذي في يده بعد ما قبضه قابضا بعد العقد فوجه هذا ان الطلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب بجوابه ما قلنا واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها

مقاسمة كتبتها وخليت بسبيلها اما بعد مم الجي فلا اذا نيته لا تكون متاركة لان لو عاد يعود ولو انكر نكاحها لا تكون متاركة **قوله ولنا ان** كل وطي وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطية الواحدة لاستناد الكل اي كل الوطيات الى حكم عقد واحد وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا لاعتبار الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر كذلك تعددت المهور بتعدد الوطي لما عرف قبيل المتاركة والعود لم تثبت كل الوطيات لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر انها اذا حاضت بعد الوطي اي وطي كان قبل التفريق ثلث حيض انقضت عدتها وحلت للازواج فان تزوجت ظهر ان ذلك كان آخر الوطيات وان كان وطيها بعد ذلك عاد هذا التقدير فيقول ان تركها حتى حاضت ثلاث الخ ولو حاضت حيضة لبث وطية ثم قال عزمت على تركك احتسب تلك الحيضة عدة من العدة فتزوج بعد حيضتين اخريين وعندنا لا يحتسب بها ولان التكمن من الوطي على وجه الشبهة بسبب ذلك العقد اقيم مقام حقيقة الوطي لخفاء الوطي ويسير الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره اي غير الوطي وهو حلها للازواج والخفي لا يعرف الحكم واذا اقيم مقام حقيقة الوطي لاثبت العدة ما دام التمكن على وجه الشبهة قائما ولا ينقطع التمكن كذلك الا بالتفريق او بالمتاركة صريحا فلا تثبت العدة الا عندها واختار ابو القاسم الصفار قول زفر وقضى به في ناقد ستاني في باب المهر من قول طائفة من المشايخ وهو لوجه انها لو تزوجت عالمة بانها حاضت ثلاث حيض بعد وطيه كان صحيحا فيما بينها وبين الله تعالى لانا اشترطنا كونها بعد الترك في القضاء فالقول قولها مع اليمين لاحتمال ان يكون محل هذا ما اذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلثون يوما عندهما لانه اذا لم تحتمل المدة لا يقبل قولها اصلا **قوله** كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وابى المالك وانكر المودع فانه يقبل قول المودع ان عليه اليمين اذا كذبه وعكس هذه المسئلة اذا قال الزوج اخبرتني ان عدتها قد انقضت فان كان في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها الا ان يبين بما يحتمل من استقبال مستقبل الحق فحينئذ يقبل قولها ولو كان في مدة تحتمل فكذبته لم تسقط نفقتها ولان يتزوج باختها لانه امر ديني يقبل قوله فيه **قوله** واذا طلق الرجل امرأته الخ وهذا طلاقا بائنا دون الثلث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليها عدتان عدة مستقبلة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال زفر نصف المهر والمتعة ان لم يكن سمى فيه شيء وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكمل العدة الاولى وقال محمد لها نصف او المتعة وعليها تمام العدة الاولى لزفر ان العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بعد الطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ولمحمد يقول كذلك غير ان كمال العدة الاولى وجبت بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه **قوله** كما لو اشترى ام ولده اي زوجته التي هي ام ولده اذا كانت امة فانه ينفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطيها بملك اليمين ثم بالعتق يظهر غير ان هناك تجب عليها عدة اخرى لانها ام ولد اعتقت وتدخل العدتان فيجب عليها الاحداد الى ان تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيها شيء من الحيضة الاخرى لانها عدة ام الولد اعتقت وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم اشتراها ثم اعتقها ولها ولد منه او ولد لها منه فانه تجب عليها العدة بالطلاق ثم يبطل في حقه بالشراء حتى يجوز له وطيها فاذا زال بالعتق تظهر حتى تجب عليها تمام العدة الاولى لانه كان واجبا بالطلاق السابق وما قاله زفر فاسد لانه يستلزم البطال المقصود من شرعها وهو عدم اشتباه الانساب فانه لو كان تزوجها قبل ان تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للازواج من غير عدة عن الطلاق وفي ذلك اشتباه النسب وفيما ذكرنا قوله ولها ان الوطي فيما هي مشغولة في يده حقيقة بالوطية الاولى وبقي اثر هذا القبض ببقاء العدة اذ هي اثره فاذا اجد النكاح

وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند ابي حنيفة رح وقالا عليها العدة على الذمية العدة اما الذمية فلا اختلاف بيننا نظيره اختلافهم في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رح يتأتى ان معتقدهم انه لا عدة عليهما وانما عليه وقوعه قولها ان الفرقة تطوقت جعلت بسبب آخر وجبت العدة لكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا اجر الزوج وتركها لعدم التبليغ وقوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن ولا ان العدة تحيض وجبت كان فيها حق بنى آدم والحربي يحتى بالجهاد حتى كان محلا للسباء الا ان تكون حاملا كان في بطنها ولد ثابت النسب وعن ابي حنيفة رح انه يجوز نكاحها ولا يطأها كالجارية من السبي وادار ابن

او الحال قبل قبضها نائب قبضها القائم مقام استحداث قبض آخر وكان بمجرد العقد قابضا كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو في يده بالغصب نائب مالك القبض عن التسليم المستأنف ولا يقال يجب بذا ان يملك الرجعة لان الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف لانا نقول نحن جعلت النكاح الثاني قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه بل في حق تكميل المهر ووجوب استيناف العدة للاحتياط فلا يلزم منه اقامته مقامه في حق جميع الاحكام والا كان اقامته في حق ترك الاحتياط لان الاحتياط في انقطاع الرجعة الا يرى ان صريح الطلاق بعد الخلوة لا يشتهي ان الخلوة قائمة مقام الدخول في تكميل المهر ووجوب العدة فعلم بهذا انه لم يلزم من اقامة النكاح مقام الدخول في ذينك الحكمين اقامته مقامه في ثبوت الرجعة بصريح الطلاق وبهذا اندفع السائل المبنية على هذه الاصل وهو ان الدخول في النكاح الاول دخول في الثاني اولا وثانيا لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندنا ولو كان على القلب بان تزوجها صحيحا اولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الاولى بالاتفاق والفرق لهما انه لا يتمكن من الوطئ في الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليها العدة فيه ولا عليه المهر وتأثيرها لو دخل بها في الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول بل يكون فارا لانها لو تزوجت بغيره ودخل بها فرق القاضي بينهما بطلب الاول ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بمهر ويفرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملا وعدة مستقبلة عندها استحسانا وعند محمد نصف المهر الثاني عليها تمام العدة الاولى وتأسيسها تتزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول وسيأتي تزوجها صغيرة ولم يدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وسيأتي تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت ثم اسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها ثم اسلمت تزوجها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول وسيأتي تزوجها ودخل بها ثم عتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة طلقها قبل الدخول عشرا تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم اعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول قوله واذا طلق الذمي الذمية او مات عنها فلا عدة عليها فلا تزوجها مسلم او ذمي في فور طلاقها جاز وهذا اذا كانت لا تجب في معتقدهم بخلاف ما اذا طلقها المسلم او مات عنها فان عليها العدة بالاتفاق لانها حقه ومعتقده قوله وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة ليس بتكرير المغتربان تصيير بحيث لا يمكن من العود اما اخر وجها مسلمة او ذمية او مستأمنة ثم سلمت او صارت ذمية لا عدة عليها فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وعنه لا يطأها الزوج حتى يستبرئها بحيضة وعنه لا يتزوجها ابدا الاستبراء وقالا عليها اي الحربية التي خرجت منها هجرة العدة وعلى الذمية العدة اما الذمية فالخلاف فيها نظير الخلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح اي لاختلاف المشبه وهو غير المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح اهل الشرك واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذاك في دينهم جائز اوالمرأة من اهل الاختلاف فيرون ما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لسبي في دار الاسلام لو وقعت بسبب آخر غير التباين في دار الاسلام كالمطاوعة والموت والطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين وانما قيدنا بالمسلمة لتتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص الخارجة مسلمة ولم تخص منها لم تظهر الملازمة عليه لانه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية اذا كانوا يدينون ذلك قوله بخلاف ما اذا هاجر الزوج مسلما او ذميا او مستأمنا ثم صار مسلما او ذميا وتركها فانه لا عدة عليها هناك اجماعا حتى جاز له ان يتزوج اختها او اربعا سواها كما دخل دار الاسلام بعد تمام تبليغ الاحكام لها في دار الحرب لانها غيب مخاطبته بالعدة لما قدمنا في باب نكاح اهل الشرك انها حق الآدمي فيخاطب بها قوله وله قوله تعالى و

فصل قال (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوج اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فلما

ولا جناح عليكم ان تنكحوهن بعد قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات والزيادة على المنصوص لا تجوز بالنظم وقوله تعالى يتربصن بانفسهن ثلثة قروء في المطلقات فالحق التباين بالطلاق قياسا نفيده بما بعد العدة ولا تجوز الزيادة بالقياس من هذا والكتابية كالمسلمة تعتد كالمسلمة والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا يجب معها العدة عند الفرقة كما لا تجب معها المهر لان التسليم لا يجب لها فلا تقام الخلوة مقام الوطء ولا اشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح واما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فان لم يمكن الوطء مع المانع كالحيض والاحرام ونحو ذلك تجب العدة فان لم تجب كمال المهر وان اعتبرنا بعدم الدخول لانها حق الشرع والولد فلا يفيد قال في خزانة الاكمل وقد مر هذا وقد مر في باب المهر ان هذا قول القدوري ومن تبعه ومختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلوة وعدة المستحاضة كغيرها لانها ترد الى ايام عادتها فان سبب على ما تعتد به ثلثة اشهر وكذا التي لم تحض قط وحيلت وجب الاعتداد بالاشهر فان كان الطلاق او الموت في غرة الشهر او في اثنائه فعلى الاول يعتبر ثلثة اشهر في الطلاق واربعة في الوفاة بالاهلة وفي الثاني قال ابو حنيفة تعتبر الايام تسعين في الطلاق وثمانية وعشرين في الوفاة وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر الثالث بالايام وعن ابي يوسف احد رواياته كالقولين آخر ما كتبه رحمه

فصل لما ذكر ان العدة تجب بالعقد وكيفية وجوبها اخذ يذكر ما تجب فيه على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من حيث وجوبها قوله (وعلى المبتوتة يعني ويجب بسبب التنكير وعلى المتوفى عنها زوجها المبتوتة فلا فائدة لترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا او واحدة بائنة ابتداء او لا نعلم خلافا في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الاقارب وغير الزوج قال المحقق في البناء ولا يحل الاحداد لمن مات ابوها او ابنها او اخوها وانما هو في الزوج خاصة قيل اراد بهذا الرد على الثلاث لما في الصحيحين من اباحة الثلاث على غير الزوج ثلثة ايام والتقييد بالمبتوتة يفيد نفي وجوبه على الرجعية ويبغي انها لو ارادت ان تحد على قرابة ثلثة ايام فلها ان لم يمنعها الزوج حقه كان له ان يمنعها على تركها اذا امتنعت وهو يريد بها وبهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه **قوله** فلقوله عليه السلام الخ في الصحيحين من حديث زينب بنت ابي سلمة قالت توفي حميم لام حبيبة فدعت بصفرة فمسحت بذراعيها وقالت انما اصنع هذا لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد فوق ثلث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا والحميم القريب وقد روي بلفظ آخر ووقع فيه تفسير هذا لما توفي ابو ابا اليوسفيان وفي لفظ البخاري عنه فوق ثلثة ايام ولا يخفى انه لا دليل فيه على ايجاب الاحداد لان حاصله استثناء من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه وانما النزاع من ان نفي حل الاحداد فوق ثلث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا مستثنا منه فهو اثباته فيصير حاصله الاحداد الامر فوق ثلث فانما تحد وذلك يقتضي الوجوب لان الاباحة يتعقبه الحظر كما عرف ومن ان نفي حل الاحداد ايجاب الزينة مستثنا منه فهو اثباته فيكون ايجابا بالان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فلا يلزم ان يمنع كون نفي حل الشيء الحسي نفيا لعزم الوجوب لغة او شرعا بل يتضمن الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفي لعزم الحل ولو سلم فوجود الشيء في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالاباحة والندب ولا وجوب ايضا استثناء الاحداد من ايجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الاحداد والمتحد الجنس حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد ولا يتوقف اتحاد الجنس على منعه الوجود فيها فهو كالاول فلذا قال ظهير الدين رح وما ما هو اشبه بمذهبنا فهو عن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري الى انه لا يجب ولكن يحل ويدل عليه ما اخرج

وقال الشافعي رحمه الله عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفي وجوبها على زوجة ابي وتحتها بالاباية نظر لانه سقط بقوله وقلنا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم في المعتدة ان تحتضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والاباية اقطع لرجاء من الزوج حتى كان لها ان تغسل ميتا قبل الاباية لا بعدها

ابو داود في مراسيله عن عمرو بن شعيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة ان تحد على زوجها حتى تنقضي عدتها وعلى من سواه ثلثة ايام والحق ان الاستدلال بنحو حديث حفيفة في صحيح مسلم انه عليه السلام قال لا يحل لامرأة تومن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا فان فيه تصريحا بالاخبار ويكون الحديث المذكور للمبالغة محمولا بارادة الاخبار بوجوبه فعلها منه بطريق الحمل لظهور ارادته في حديث آخر ولم تحمل ان الاخبار الموجب للوجوب الا بالنسبة الى المكلف لا بالنسبة الى ثبوته شرعا مثلا اذا قال الحداد تفعله المرأة افاد الوجوب لا اذا قال الحداد ثابت شرعا فانه اعم ومن الادلة فيه حديث ام عطية في الصحيحين انه عليه السلام قال لا تحد امرأة على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوج اربعة اشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا الا اذا طهرت نبذة من قسط او اظفار فصرح بالنهي في تفصيل معنى ترك الاحداد والنبذة بضم النون القطعة والقسط والاظفار نوعان من البخور رخص فيه في الغسل من الحيض في تطييب المحل وازالة كراهته وحديث ام سلمة في الصحيحين ايضا قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها بضم الجاء هي فقال عليه السلام لا مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي اربعة اشهر وعشر وقد كانت احدكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على راس الحول قالت زينب كانت المرأة اذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر بها سنة ثم تاتي بدابة حمار او شاة او طائر فتفتض به فقلما تفتض بشيء الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب او غيره الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة البيت الصغير قريب السقف حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة ثم ضاد معجمة اي تكسر ما هي فيه من العدة بطائر او نحوه تمسح به قبلها وتنبذه فلا يكاد يعيش ما تفتض به فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك وقيل الافتضاض بالغسل ليصير كالفضة فهو منه والاول احسن

قوله وقال الشافعي الاحداد عليها اي على المبتوتة لانها لاظهار التاسف وهو في الموت لصبره على صحتها الى الموت بخلاف ابتدائه بطلاقها ثلاثا فانه موحشها وخلعه لانها غير راغبة فيه لكان سواء لها قلنا في محل النزاع نص هو ما روى انه عليه السلام انه نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ذكره السرخسي حديثا واحدا وغيره للنسائي هكذا ولفظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحنا قال الخطابي والله اعلم به ويجوز كونه في بعض كتبه واما جعله حديثين حديث الحناء طيب المتقدم وحديث ابي داود عن ام حكيم بنت اسيد عن امها عن مولاة لها عن ام سلمة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا في عدتي من وفاة ابي سلمة لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب قلت فباي شيء امتشط يا رسول الله قال بالسدر تغلفين به رأسك فالظن به انه اشاده لا يفيد المقصود فان عينه معتدة في وفات ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس عن عدة المتوفى عنها بجامع اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح وبتقدير تسليم ان ما عينه الشافعي مناسب معتبر في محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل في المحل ايضا باظهار التاسف على فوات نعمة النكاح التي هي من اسباب النجاة في المعاد والدنيا فانه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج وكون المزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعا في هذه المدة فتمتنع دواعيه دفعا لما يدافع عن اداء الواجب وقد ذكر المصنف هذا المعنى ايضا عند قوله وفيه وجهان الخ لكن ظاهره انه ذكره على انه علة اخرى والتحقيق انه حكمة لان المفضي فوات ما قلنا بخلاف ما هو دواعيه وكل من الامرين يستقل بالحكم فاذا وجب في محل ثبت معه

والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن للطيب غير المطيب لا من عذر في الجامع الصغير لا من وجع والمعنى فيه وجبان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في الحرام وقد صح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والادهن لا يعري عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا لم يمنع الحرم عنه قال لا بأس عند لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا قد ابام لها لان الغالب كالواقع ولو كان لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه مفوح من اطيب الطيب

ذلك الحكم ففي المبتوتة ان فقد التاسف على الزوج فالآخر وهو اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو تم ما ذكر من اظهار التاسف مطلقا ليس علة لانه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تاسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما اتاكم فلا يكون الاحداد في المتوفى عنها منوطا به لزم ان يكون واجبا بعد المعتدة بالنص او معلولا بالآخر فقط لكن منع بان المراد بقوله تعالى لكيلا تاسوا الآية الاسى مع الصياح الفرح مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا **قوله** والاحداد ويقال الاحداد فمن الاول يقال حدت المرأة تحد من باب نصر ومن باب ضرب ايضا حدادا فهو حاد ومن الثاني يقال احدت تحد احدادا فهي محدة **قوله** ان تترك الطيب ولا تتحمر عليه ولا تتبخر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه **قوله** وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم تقدم **قوله** والدهن لا يعرى عن نوع طيب اما في ذاته او في المدهن به لما فيه من طيب نفسه به وزينته وقد وقع للزيلعي مخرج الاحاديث هنا وهم وذلك انه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال عن المصنف انه عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن مخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال واما الدهن فغريب فهو سهو فان الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فالحقه الحاقا **قوله** قال لا من عذر لان فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الائمة وذهبت الظاهرية الى انها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نهيا موكدا عن الكحل التي اشتكت عينها والجمهور حملوه على انه لم تتحقق الخوف على عينها ولذا قال المصنف ان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد جاء في حديث ام حكيم بنت اسيد عن امها ان زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكحل بالكحل الجلاء فارسلت مولاة لها الى ام سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه الا من امر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي ابو سلمة وقد جعلت على صبر فقال ما هذا يا ام سلمة فقالت انما هي صبر يا رسول الله قال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وانزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب الحديث رواه احمد وغيره لكن امها مجهولة مطلقا وتمتشط بالسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط واطلقه الائمة الثلاثة وقد ورد في الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يحصل مع الزينة وهي ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد تحتاج لاخراج الهوام الى الضيقة نعم كل ما اريد به معنى الزينة لم يحل واجمعوا على منع الاد هان المطيبة واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمنعناه نحن والشافعي الا لضرورة لحصول الزينة به واجازه الامامان والظاهرية **قوله** لعذر كالحكة والقمل والمرض وقال لك يباح لها الحرير الاسود والحلي والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ بنفسه وقد صح بمنع الحلي في الحديث على ما سنذكره ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق الا المعصب فشمل منع الاسود **قوله** لانه ليفوح الخ يفيد انه اذا كان خاليا لا رائحة له يجوز وفي الكافي قال الا اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فانه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة وينبغي تقييده بقدر ما تستر ثوبا غيره اما بيعه والاستخلاف ثمنه او من مالها ان كان لها وردي مالك وابو داود والنسائي عن ام سلمة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى عنها

قال ولا حداد على تعزية لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الصغار موضع السرور ولا احداد على امة لانها مخاطبة بحقوق الشرع لكن حقوق الشرع تبطل بحقوق المولى بخلاف ام الولد لان فيه ابطال حقه وحق الحد مقدم حاجته قال لان الحداد يوجد ولا حق للمولى في استخدام المعتدة ولان الحداد لدفع داعية الوطء ولا باعة اصل ولا يبقى ان غلب المعتدة

زوجها العصفر من الثياب ولا المشقة ولا الحلي ولا الاختضاب ولا تكتحل بهذا لفظ ابي داود وامنع المعتدة الطيب لانه من دواعي الجماع وهو حرام عليها وكذا الزينة لما روينا ولا تلبس المصبوغ من الثياب الا ما لا يصبغ للزينة كالاسود والكحلي ونحوه لانه زينة وهي ممنوعة عنها ولا بأس بالقصارية والحرقة لانه ليس بزينة ولا بأس بالغسل بالسدر والخطمي لانه تنظف وليس بزينة ولا بأس بالامتشاط بالمشط غير المطيب لانه ليس بزينة ولا بأس بالادهان غير المطيب لانه يقصد به التداوي وقيل هذا في زمانهم اما في زماننا فهو للزينة ولا بأس بالكحل الابيض لانه للتداوي ولا تكتحل بالاسود لانه للزينة ولا بأس بالحناء لانه يصبغ الشعر ولا بأس بالخضاب بالوسمة لانه يصبغ الشعر ولا بأس بالحمام لانه للتنظف ولا بأس بالمشي في الحوائج لانها لا تتمكن من قضائها الا بالخروج ولا تبيت الا في بيتها لان المبيت ليس من حوائج الناس ولا تخرج ليلا لان الليل مظنة الفساد ولا تخرج نهارا الا لحاجة لان النهار مظنة الحوائج ولا تخرج عجوز ولا شابة الا لحاجة لان الشابة مظنة الفساد والعجوز لا يؤمن عليها ولا تخرج الا بثياب غير ثياب الزينة لان الخروج لحاجة والزينة تنافيها ولا تخرج الا بعد ما يصلح الناس لان قبله لا حاجة ولا تخرج الا بعد ما يرجع الناس لان قبله مظنة الفساد ولا تخرج الا بعد ما يطلع الفجر

ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا قال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رضي في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان تجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل لا بيتوتة غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا فيخرجن كما قالت الحدود اما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل كالمطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلفت على الفقيرة عند قائل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يعمل به صحح عليها دار القرار العدة في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال قوله لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه

للاحداد علة اخرى وهو كون بذه الاشياء دواعي الرغبة وكل منهما متحقق في بذه موجودة هنا فينبغي ان تجب الحداد واجيب بان كونهما ممنوعتين عن النكاح حكم وجوب الحداد لا علة بل علة فوات نعمة النكاح وبوجود رمعه وجود واحد ما كذا قيل وهو بالضعف جدير وفي النهاية تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الاحداد بفوات نعمة النكاح والحكم يدور مع العلة لا الحكم لما عرف في مسئلة الاستبراء **قوله** ولا بأس بالتعريض في الخطبة اراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلا تمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولا قضائه الى عداوة المطلق والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء لم يذكره كقول ابن عباس فيما اخرج البخاري عنه قال لا جناح عليكم فيما عرضتم به قوله اني اريد ان اتزوج وددت ان تيسر لي امراة صالحة وقال القاسم يقول انك على كريمة واني عليك لراغب وان الله سائق اليك خيرا ونحو بذا واخرج البيهقي عن سعيد بن جبير الا ان يقولوا قولا معروفا قال يقول اني فيك لراغب واني لارجو ان نجتمع وليس في بذا التصريح بالتزويج والنكاح ونحوه انك لجميلة او صالحة ولا يصرح بشيء منها فلا يقول اني اريد ان انكحك او اتزوجك وسياق الآية لا جناح عليكم فيما عرضتم به اي فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن او اكننتم اي اضمرتم في انفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي نكاحا فلا تقولوا لارباب اتزوجك وسمى النكاح سرا لانه سبب السر الذي هو الوطء فانه ما يسر وحديث السر النكاح المذكور في الكتاب غريب الا ان تقولوا قولا معروفا فالاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس من اخلاق السر والاستدلال يتعلق بالمحذوف الذي ابرزناه صورته وهو فاذكروهن والله تعالى اعلم **قوله** وبعض الليل يخصه من التعليل **قوله** وتقديمه الى ان يهجم الليل قدر روي عن محمد المتوفى عنها زوجها لا باس ان تغيب عن بيتها اقل من نصف الليل قال الحلواني في هذه الرواية صحيحة لان المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل نقله في الكافي وقدم قبله ما ينفي انتفاء صحتها وهو قوله لان نفقتها عليه او عسى لا يجد من يكفيها مؤنتها فيحتاج الى الخروج لنفقتها غير ان امر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي فابيح الخروج لها بالنهار دون الليالي انتهى ويعرف من التعليل ايضا انها اذا وجدت قدر كفايتها نهارا كالمطلقة فلا يحل لها ان تخرج لزيادة ونحو ما ليلا ولا نهارا والحاصل ان مدار الحل كون غيبتها بسبب قيام شغل المعيشة فتقدر بقدره فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها كون بعيدا لك صرف الزمان خارج بيتها **قوله** اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية اشتملت على نهي الازواج عن اخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن او لحاجتهم الى المساكن وعلى نهي المطلقات عن الخروج ونهيهن ابلغ لانه اوقع بلفظ الغير الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج قاله النخعي وبه اخذ ابو حنيفة وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن وهو قول ابن مسعود وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس الفاحشة نشوزها وان يكون بذية اللسان على احمائها وقول ابن مسعود اظهر من جهة وضع اللفظ لان الاتيان غايته والشيء لا يكون غاية لنفسه وما قال النخعي ابدع واعذب في الكلام كما يقال في الخطابيات لا تزني الا ان تكون فاسقا ولا تشتم امك الا ان تكون قاطع رحم ونحوه وهو بديع بليغ جدا يخرج اظهار عذر وبه عن عزمنا **قوله** حتى لو اختلفت على نفقة عدتها قيل تخرج نهارا لانها قد تحتاج كالمتوفى عنها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هي التي ابطلت النفقة فلا يصح بذا الاختيار في ابطال حق عليها وبه كان يفتي الصدر الشهيد وصححه في جامع قاضي خان وبذا كما لو اختلفت على ان لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج

وبينهما ان تنتقل بيت الزوج واما ان تحمل امتعتها الخ قلت والحق ان على المفتي ان ينظر في خصوص الوقائع فان علم في واقعة عجزه عن المحافظة عليها ان لم تخرج افتاها بالحمل وان علم قدرتها افتاها بالخروج قوله وهذا اي لان البيت المضاف اليها هو الذي تسكنه لو عادت اليها والزوج معها والا فطلقها كان عليها ان تعود الى منزلها ذلك فتعتد قوله وقال عليه السلام تأييدا للاستدلال بالكتاب بان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما قلنا انه مدلول الكتاب وهو ما اخرج اصحاب السنن الاربعة عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك بن سنان وهي اخت ابي سعيد الخدري انها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله ان ترجع الى اهلها في بني خدرة وان زوجها خرج في طلب عبد له ابقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ارجع الى اهلي فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة فقالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقالت ما انصرفت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد فاراني رسول الله صلى الله عليه وسلم او امر بي فنوديت له فقال كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شان زوجي قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان ارسل الي فسألني عن ذلك فاخبرته فاتبعه انتهى ورواه مالك في الموطا وابن حبان في صحيحه واخرجه الحاكم عن اسحق بن سعيد بن كعب بن عجرة حدثتني زينب به قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد ومن الوجهين جميعا ولم يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلي هو حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعيد بن اسحق وهو اشهرهما واسحق بن سعيد بن كعب وقد روى عنها جميعا يحيى بن سعيد الانصاري وقد ارتفعت عنها الجهالة انتهى وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن اسحق وهو غير مشهور بالعدالة رفعه ابن القطان بان الحديث صحيح فان سعيد بن اسحاق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة وقال الترمذي حديث صحيح وفي تصحيحه توثيقها ولا يشترط في الثقة ان لا يروي عنه الا واحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به واما ما روى الدارقطني انه عليه السلام امر المتوفى زوجها عنها ان تعتد حيث شاءت وقال فيه لم يسنده غير ابي مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز ايضا ضعيف وعطاء بن السائب مختلط وابو بكر بن مالك لم يعرفهم فلذلك اعله الدارقطني وذكر الجمع الموفق لاحتمال ان يكون اسحاق اتى به من غيره انتهى كلامه قوله وهذا كما اذا خافت على متاعها اللصوص الخ اي فانها تخرج لانه عذر واذا خرجت الى منزل اعذر صارا لثاني كالاول فلا تخرج عنه الا لعذر وتعيين الموضع الذي تنتقل اليه في عدة الطلاق الى الزوج وفي عدة الوفاة اليها لانها استبدت في امر السكنى حتى ان اجرة المنزل ان كان لا خر عليها وفضلها ان تسكن فيه الا ان لا تجد الكري وتجد ما هو بالكري فلها ان تحول اليه وكذا في الزوج الغائب ولا تخرج المعتدة الى صحن الدار التي فيها منازل الا جانب لانه كالخروج الى السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع اليه فان لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج الى صحنها ولا تصير به خارجة من الدار حتى في بيت شاءت منها قوله ثم لا بد من سترة بينهما يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد كيلا تقع الخلوة بالاجنبية وكذا بذا في الوفاة اذا كان ورثته من ليس بمحرم لها ثم لا باس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل دائما الكتفي به لان الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم الا ان يكون فاسقا فيخرج لانه عذر والاولى ان يخرج هو وكذا في كل موضع تحقق عذر في الخروج

لعل ابن الى

لعل السكنى

واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها في غير مصر فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنويل هو بناء وان كانت مسيرة ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت سواء كان معها زوج او لم يكن معها واذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا كان المكث في ذلك المكان خوف عليها من الخروج اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصرها فاكها ان تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لما ان نفس الخروج مباح فاشبه ما اذا كانت في الرحلة وهذا لان حرمة السفر وقد زالت بالمحرم ولابي حنيفة رح ان العدة امنعت من الخروج من حيث المحرم فان للمرأة ان تخرج الى منازل دون السفر وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى

الاولى ان يخرج هو ولعل المراد انه احج فيجب الحكم به كما يقال اذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم او فالمحرم اولى ويراد ما قلنا وهذا لانهم خلطوا اولوية خروجه بان يكتريها وجب لا يكتريها وحتى انتقلت فتعين المكان اليه قوله واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة وغيرها المقصود اذا سافرت بها فطلقها فارجعيا او بائنا ففي الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لان النكاح قائم وان كان بائنا او مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها اقل من السفر فان شاءت مضت الى المقصد وان شاءت رجعت سواء كانت في مصر اولا معها محرم اولا لانه ليس في ذلك ان شاء السفر وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها مادون السفر مباح اذا مست الحاجة اليه بمحرم وبغيره الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج كذا في الدراية واطلاق المصر يقتضي انه اذا كان بينها وبين مصرها اقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر او دونه اما ان كان مدة سفر فظاهر لان المضي الى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر واما ان كان مادونها فترجع ايضا لانها كما رجعت تصير مقيمة واذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها وذلك كذا في النهاية وهو اوجه قوله واذا كان الى المقصد ثلثة ايام فصاعدا فاذا كان دونها الى المقصد لا تخير بل تعين عليها الذهاب الى المقصد قوله الا ان يكون استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت اي في جميع الاحوال الا في حال يكون طلقها او مات عنها في مصرها فانها لا تخير بل تعين عليها ان تعتد فيه عند ابي حنيفة رح سواء كان معها محرم اولا وحاصل وجوه المسئلة اما ان يكون بينها وبين مصرها ومقصدها اقل من السفر فتخير والاولى الرجوع على ما في الكافي وعلى ما في النهاية وغيرها تتعين الرجوع اوكان احدهما سفرا والآخر دونه فتختار ما دونه لانها باختيار مقابلة منشية سفرا دون اختياره فان كان كل منهما سفرا فلا يخلو من ان تكون في مفازة او مصر فان كانت في مفازة فان شاءت مضت وان شاءت رجعت بمحرم اولا لان ما يخاف عليها في ذلك المكان اشد مما يخاف عليها في الخروج والاولى ان تختار الرجوع لما قلنا وان كانت في مصرها تخرج بغير محرم لان ما يخاف في السفر بغير محرم اعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر اولى بخلاف المفازة فان كان معها محرم لم تخرج عند ابي حنيفة رح في العدة وقالا تخرج وهو قول ابي حنيفة رح اولا وقوله الآخر اظهر لها انها في غير مصرها فلها ان تخرج بمحرم كما لو كانت في غير المصر وهذا لان اصل الخروج مطلق لها اجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد وحتى قلنا لها ان تخرج الى ما دون السفر بلا محرم فاذا بطل معنى السفر بالمحرم بقي مجرد الخروج وهو مطلق لمكان العدة اذ الغربة يؤذي ويهان فاشبه المفازة ولان تاثير العدة في المنع من الخروج اقوى من تاثير عدم المحرم في المنع من السفر فالعدة اولى وما دون السفر انما يبيح مع قيام العدة باعتبار انه ليس بخروج لانه بناء على الخروج الاول لان اصل الخروج مباح وهي ههنا منشية للخروج باعتبار السفر فيمتنع وله التحريم واذا امتنع وله لم يسقط بالمحرم لانه لا ترتفع به حرمة الخروج باعتبار السفر قلنا له التحريم بسبب العدة وفي العبد لو كانت الجهتان مدة سفر فمضت اورجعت وبلغت اوفي المواضع التي تصلح للاقامة اقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما بالاتفاق وكذا ان وجدت عند ابي حنيفة رح ومثله في المحيط وفيه البدوي طلق امراته فاراد نقلها الى مكان آخر في الكلا والماء فان لم تتضرر تبرز بها في ذلك الموضع في نفسها وماله ليس له ذلك فان تضررت فله ذلك اذ الضرورات تبيح المحظورات والله تعالى اعلم

ز محمد
ز محمد

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر ما لم ينف فان نفاه لاعنها فان جاءت بالولد لاكثر من ستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت وان جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت وان تزوجها وهو يجامعها فولدت لاقل من ستة اشهر من وقت التزوج لم يثبت النسب الا ان يدعيه الزوج لان الظاهر انه منه

باب ثبوت النسب

اعقبه العدة لان ما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وحدوده فينصرف كل عن الآخر في الحال اي في حال عدم معرفة الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة **قوله** ومن قال ان تزوجت فلانة او امرأة فهي طالق فتزوج فجاءت بولد لستة اشهر من يوم تزوجها لاقل لاكثر فهو ابنه وعليه المهر يريد من وقت تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المصنف على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانها فراشه قال في اثبات كونها فراشا لانها لما جاءت بستة اشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فافاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق جزاء الشرط فيتاخر عنه بزمان وان لطف كما قيل لانه لا تخلل بينهما ان حال بل اول آنات تعقب وجود الشرط تثبت فيه الجزاء من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما حققناه في الطلاق لانه ثبوت حكمي واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بان تزوجها وهو يجامعها وطيا وسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والا تجويز انهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد يقال لفراشيته اثر النكاح اعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما حكي عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات يكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها اذا جاءت به فان هذا لا يكون انما يثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضي خان ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعني ان زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لاسعه لان زواله اثره لا يقال مقتضاه ان يكون جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح اذ لا بد من كون مدة الحمل ستة اشهر وقد عينوا الثبوت نسبا ان لا يكون اكثر من ستة اشهر من النكاح ولا اقل لانا نقول انما لم يثبتوه في الاقل لان العلوق حينئذ سبق النكاح وما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطيا بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى ان يفهم النسب فيما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر في مدة يتصور ان يكون منه وهو سنتان ولا موجب للصرف عنه بنيا في الاحتياط في اثباته والاحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة اشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل اكثر منها وربما يفضي وهو لم يسع فيها ولادة لستة اشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فاي احتياط في اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته وليست شعرية اي الاحتمالين ابعد الاحتمال الذي قرنوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطأ وهما وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد او احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة اشهر ليوم يكون من غيره ولا ستبعاد هذا الغرض قال بعض المشايخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية والحق ان التصور شرط ولذا لو جاءت امراة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خلوة او اجنبي وامرأة الزوج المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطيا حكما فعليه المهر

قال (وثبت نسب ولد المعتدة الرجعية اذا جاءت به لستين) والكرماني تقريبا لانقضاء من تحته لاحتمال العلوق في حالة العدة فجوازا لانه لا يمكن معتدة الطهران تجاوز به اقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء عدة ثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح اذ العدة لا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعية لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا

وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطيه لان الحبل قد يكون بادخال الماء الفرج دون جماع فغير وارد لان الوجه الظاهر هو المعتاد وفي النهاية وفي القياس ينبغي ان لا يجب الا نصف المهر وهو رواية ابي يوسف ويجب نصف المهر بالطلاق قبل الدخول واما المهر فالمهر بالدخول انتهى وعبارة ابي يوسف في الامالي على ما نقله الفقيه ابو الليث ينبغي في القياس ان يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهرا خر بالدخول قال الا ان ابا حنيفة استحسن وقال يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى وبهذه العبارة للمتأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهر في نفيه ذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك وانما اشتبه وجوب الزيادة لانها بنيت على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا يحكم بذلك والا لم تثبت النسب لان الوطء في غير عصمة ولا عدة بل بحكم بانه مقارن له او للنكاح فاقل الامر كونه قبله او لاشتباه ذلك وضمه به في قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب واعلم انه اذا كان الامع في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليس الا ما ذكر من تزوجها حال وطيها المبتدأ به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكره مطلقا منسوبا وقد مناه في باب المهر من انه لو تزوجها في حال ما يطأ وما عليه مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا بشكل المخالفة لصريح المذهب وايضا الفعل واحد وقد تأكد الصداق بشبهة الحل فيجب مهر واحد به بخلاف ما لو قال ان تزوجتها فانت طالق وتسمى فتزوجها ووطئها بحيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطء اما بهذا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد صحت اضافة الفعل كله لشبهة الحل فقد وجب المهر فلا يجب غيره وفي شرح ابي اليسر قال ان تزوجتها فهي طالق ثلثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا يجب عليها الحد ويجب مهر المثل قالا لا يجب عليها قال قد كنت افتيت بالوجوب على الخالف وهو الظاهر من مذهب اصحابنا من قال اليه لكن محطيا ولو جاءت بولد ولم تزوجه منهم عن اصحابنا وان حرمت عليه بالثلث فلم يتزوج النكاح ولا عدة لكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب قوله وتثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لستين او اكثر ولو عشرين سنة او اكثر مالم تقر بانقضاء عدتها فان اقرت بانقضائها والمدة تحتمله بان تكون ستين يوما على قول ابي حنيفة وستة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا تثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فانه تثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا اذا في المطلقة البائنة والمتوفى عنها اذا ادعت بعد الاربعة اشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة اشهر لا تثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها تثبت نسبه منه اما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر واما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منها فلاحتمال العلوق في عدة الرجعي لانتفاء الحكم بزناها او بوطئها بشبهة بجواز كونها معتدة الطهر فان امتد الى اقل سنتين عن مجيئها به او اقل ثم وطئها فجلت وعن هذا حكمنا بانها اذا جاءت به لاكثر من سنتين يكون زوجته بالرجعة الكائنة بالوطء في العدة بالطلقة الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من سنتين لا تثبت رجعتها فان العلوق يحتمل انه كان في العصمة كما يحتمل انه كان في العدة واحالة الحادث الى اقرب الاوقات اذا لم يعارضه ظاهر والظاهر الوطء في العصمة لان العدة لانه هو المعتاد وما قضت به العادة ارجح من اضافة الحادث الى الظن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة ايضا فعبارة متقنا والناس في الرجعة ان يراجعوا باللفظ فان قيل ههنا احتمال آخر وهو لو نها تزوجت وجاءت به من الزوج الاخر فلنا الفرض انها لم تمكن اقرت بانقضاء العدة وما لم تقر بذلك ولم يظهر تزوجها فالظاهر انها في العدة والان ضيا انشأ

والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت نسبه احتياطا واذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون سنة كان وطيها حراما لان يدعيه لانه اقر بما يضره وامضه بان وطيها شبهة في العدة

النكاح والبقاء الاول اسهل واخف قوله والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب فاذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة حرام قيل ابن هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح وشرح الطحاوي والاقطع والرواية التي تجيء بعد هذا في الكتاب الصيا وهي قوله واكثر الحمل سنتان فان فيها الحقت السنتان باقل من السنتين حتى اثبتوا النسب اذا جاءت به لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات اما قوله ان لفظ الحديث الخ فليس بصحيح لان حاصله انه لا يمكث الولد في البطن اكثر من سنتين وهذا لا يقتضي انها اذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق ان يثبت نسبه الا اذا كان العلوق حال قيام الفراش والوجه ان يحمل على تقدير ما ضيخان المتقدم من انه يحصل العلوق في حال الطلاق لا نزع قبل زواله بالفراش قوله الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ للمتعلق اي لم يثبت في حال الا في الحال التي هي دعواه لانه اقر به وهو يحتمل الوجهين وطيها شبهة في العدة وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان والاوجه انه لا يشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض ولهذا لم يذكر هذا الاشتراط في رواية الامام السرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل وذلك ظاهر في ضعفها وغرابتها واعترض بان هذه مناقضة لما في كتاب الحدود في ان النسب لا يثبت من المبانة في الوطء في العدة ونص في التبيان ان المبتوتة بالثلاث اذا وطيها الزوج شبهة كانت شبهة الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه في كتاب الحدود واجيب بحمل المذكور هناك على المطلقة ثلثا والمطلقة على مال وبحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكناية فيندفع التناقض وليس بشيء لان المراد من المذكور هناك اذا لم يدع شبهة والمذكور هنا محمول على كونه وطيها شبهة والمعتدة عن ثلاث لا تكون اجنبية من الاجنبية بالكلية والنسب يثبت لوطيها شبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلا بان يقال ينبغي ان يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل لان المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطيء المطلقة ثلثا اذا جاءت مطلقا فيثبت عنده فيجب ان لا ينتقل عنه الا اذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل افاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه غير ان توجيه ذلك امكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه انه لا يشترط ذلك غير دعواه لانه لم يشترط في الكتاب سواه ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين يحكم بالقضاء عدتها قبل ولادتها بستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وهي رواية بشر عن ابي يوسف فيجب ان ترد نفقة سنة وقال ابو يوسف لا تقضي الا بوضع الحمل وقد ذكرناه ولا يلزمها رد شيء لهما ان الولد من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة واقل مدة الحمل ستة اشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وح اخذت مالا استحقته لانها منقضية العدة فترده وابو يوسف يقول هي في العدة ولهذا لا يتزوج بغيره قبل وضعه فلانها وطئت بشبهة ولو جاءت المبتوتة بولدين احدهما لاقل من سنتين والاخر لاكثر من سنتين ثبت نسبهما عند ابي حنيفة وابي يوسف اعتبارا بمن باع جارية فجاءت بولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وتنقض البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد الاباءة فيتبعه الاول لانهما توءمان قيل هو الصواب وليس ولد الجارية نظيره لان الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوتة ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقيه لاكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين يطلق بدته او يخرج من قبل الرجلين اكثر البدن لاقل والباقي لاكثر وكذا محمد في

فان كانت المعتدة صغيرة او ممن لا تحيض لصغر او كبر او كانت ممن ترى الدم على رأس كل شهر او كل سنتين مرة حيضة واحدة فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر وقال ابو يوسف ثبت السن سنتان لانه يتأخر الحيض عن سن اليأس الى سبعين سنة وقال الشافعي تسع سنين لانه يتأخر الحيض عن سن اليأس الى تسعين سنة وقال مالك خمس سنين لانه يتأخر الحيض عن سن اليأس الى خمسين سنة وقال احمد اربع سنين لانه يتأخر الحيض عن سن اليأس الى اربعين سنة وقال ابو حنيفة رحمه الله اقصى مدة الحبل سنتان لان ما زاد على هذا نادر والاحكام تبنى على الغالب الشائع دون النادر وقال الشافعي اقصى مدة الحبل اربع سنين لان ما زاد على هذا نادر والاحكام تبنى على الغالب الشائع دون النادر وقال مالك اقصى مدة الحبل خمس سنين لان ما زاد على هذا نادر والاحكام تبنى على الغالب الشائع دون النادر وقال احمد اقصى مدة الحبل سبع سنين لان ما زاد على هذا نادر والاحكام تبنى على الغالب الشائع دون النادر وقال زفر اقصى مدة الحبل سنة اشهر لان ما زاد على هذا نادر والاحكام تبنى على الغالب الشائع دون النادر وقال ابو يوسف

وهذا ثبت متعلق ولو ثبت نسبه عند ابي حنيفة وان شهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان كان يقول طلقها او اعترف من قبل الزوج ثبت النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف وشهدت بينت في الحبلى بشهادة امرأة واحدة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو لزم النسب والحاجة الى تعيين الولد انما يتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح وكذا في حنيفة ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء ويشترط كمال الحرية بخلاف ما اذا كان ظهر الحمل او صدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة والمتعين يثبت بشهادتها وان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه حاصل حقيقة فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط

وانما لم تثبت اذا اتت به لاكثر من ستة اشهر من وقت الاقرار وان كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لانه من امنيات شتى سنى اخبارهن عن حدثن فاذا اخبرن لزم اى ان تحقق الخلاف قطعا وقوله وهذا لفظ يتناول باطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق ووفاة ومما يشتمل ايضا الآئسة اذا ولدت لعد الرجعي والبائن فحتى كذوات الاقراء تثبت نسب ما تاتي به لاقل من سنتين في البائن واكثر منها في الرجعي ما لم تقر بانقضاء العدة فان اقرت بانقضائها مفسر بثلاثة اشهر ومطلقا في مدة يصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة اشهر ومن وقت الاقرار ثبت النسب والا فلا لان مطلق اقرارها يحمل على الاقرار الباطل الا يرى هذا والمنصوص عليه في فتاوى قاضي خان ان الآئسة تعتد بالاشهر اذا ولدت يثبت نسب ولدتها في الطلاق الى سنتين اقرت بانقضاء العدة او لم تقر وكذا نقل عن المرغيناني **قوله** واذا ولدت المعتدة ولد لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان او يعلم اعتراف من الزوج بالولادة او يكون الحمل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة واطلاق الكرخي يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن او رجعي فيوافق تصريح قاضي خان وفخر الاسلام بجريان الخلاف في الرجعي وشمس الائمة قيد صورة المسئلة بان يكون الطلاق بائنا فقال لو ان رجلا طلق امراته ثلثا او تطليقة بائنة ثم جاءت بولد لاقل من سنتين او اكثر وشهدت امراة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل ولم يلزمه النسب في قول ابي حنيفة ما لم يشهد رجلان او رجل وامرأتان ونحوه قول صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لا تقبل الا بمؤيد الى قوله حتى ان المعتدة عن وفاة اذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن اذا كذبها الزوج الى اخر ما ذكره واتفقوا على قيد انكار الزوج وكذا لو وقع انكار الولادة والحبل من الورثة فعندهما يثبت بشهادة امراة حرة عدلة ويرث بذلك ويشترط لفظة الشهادة على قولهما عند مشائخ خراسان لانها موضوعة حقا على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد وقوله في جميع ذلك اى في جميع ما اذا كان حبل ظاهر او لا او اعتراف من الزوج او لا وهل تقبل شهادة رجل واحد عندهما قيل نعم ولا فيسق كما لو شهد رجلان او رجل وامرأتان وفي جامع قاضي خان وعلى هذا الخلاف كما لا يطلع عليه الرجال واجمع علماؤنا على انه يقضي بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح وحقيقة الحال انه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش واذا تقرر ان النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما تقدم ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه والخلاف انما هو فيما بعد الموت وبالطلاق البائن وهو قولهما قال احمد وعند الشافعي يشترط اربع نسوة عدول وعند مالك وابن ابي ليلى امرأتان وجه قولهما ان الفراش قائم لقيام العدة وهو اي الفراش لازم النسب فيما ياتي به كما قبل الطلاق والحاجة الى شهادة المراة لتعيين الولد فتعين لشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق واقتصر المصنف على هذا القدر فثبت النسب والجامع قيام الفراش وهو ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل فصارت اجنبية والفراش المقتضي للنسب يجب ان يصلح مؤيدا للحجة الضعيفة اعني شهادة المراة الواحدة فكانت الحاجة ماسة الى اثبات النسب ابتداء وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بخبر اشهرا المستلزمة لثبوت النسب لكونها في وقت يلزم فيه ثبوت النسب بخلاف ما اذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها او صدر الاعتراف به من الزوج او كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة لان النسب ثابت قبل الولادة لبقاء النكاح وقيام الحبل ظاهرا او اعترافا وكذا

واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم تثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكت لان الفراش قائم والعلوق ثابت فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش لقيامه واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانتفى به يصح بدونه

ان بالكسر

يوجد شهادة القابلة بوقوعها لان الاطلاع عليه للرجال ممنوع بل ليطلع عليه فيما اذا دفنت المرأة بخبر منهم بيانا للعيون انه ليس فيه غير ما ثم خرجت مع الولد فعلم من انها ولدته وفيما اذا لم تتبعه النظر لم تتفاوت ما قدا ورد من ان شهادة الرجال لتسلمهم من تسلمهم فلا يقبل فالمحصل ان حقيقة محل الخلاف ان شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكفي للاثبات او لا بد من ان يتأيد بموئد فالوجه ان يحمل الاستدلال عليه ولعما فيه قوله ومن شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه فانه يتناول الواحدة لانه جنس واما الوجه الذي ذكراه فتمامه بالغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يدفع بانه لا يلزم من جواز ما مع موئد جواز ما بدونه ويبقى عليه اطلاق الحديث والمعروف منه ما رواه ابن ابي شيبة عن الزهري مرسلا مضت السنة ان تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غير من من ولادة النساء وعيوبهن وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك وهذا حجة لانه مرسل وانما قلنا لانه مرسل لان قول الراوي مضت السنة انما يكون حكما للمرفوع اذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الاعمش عن ابي وائل عن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة القابلة وان كان ابن عبد الملك والاعمش رجل مجهول وهو ابو عبد الرحمن المدائني فقد تظافرا وهو بما هو حجة به ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة فعلمها ولم يشهد بها احد فهو ابن الميت في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص مقصدهم فيقبل تصديقهم فيه اما في حق ثبوت النسب من الميت ليطهر في حق الناس كافة قالوا اذا كانوا اي الورثة من اهل الشهادة بان يكونوا ذكورا او ذكورا واناثا وهم عدول ثبت لقيام الحجة في حقهم والمنكرين فيطالب غرمائه الميت بدينه وعن هذا قيل يشترط لصفة الشهادة اي في مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لا يشترط وهو الصحيح لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم ولا يراعى للتبع شرائطه اذا ثبت اصالة فعلى هذا لو لم يكونوا من اهل الشهادة لا يثبت النسب الا في حق المقرين منهم والله اعلم قوله واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم تثبت نسبه لان اقل مدة الحمل ستة اشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح وان جاءت به لاكثر منها ثبت ولا اشكال سواء اعترف به الزوج او سكت وكذا اذا جاءت به لتمام السنة بلا زيادة لاحتمال انه تزوجها واطئا لها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته وهذا من اللمم خلاف ما تقدم في المبتوتة حيث لقي نسب ما اتت به لتمام ستين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه مطلقها حال جماعها وصادف الانزال الطلاق واجيب عن المتن بان ثبوت النسب هنا لا ينافي كون الحمل امرا على الصلاح اذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا او من زوج فتزوجت وهي في العدة واما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نفيه نسبة فساد اليها لجواز كون حملها انتفت وتزوجت بزوج آخر فعلقت منه وحاصل هذا ارتفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب اصلا لان معنى السؤال وجد المقتضي وهو الامكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب ان تثبت النسب كما ثبت هنا وانت علمت ان الوجه ثبوت النسب فيه لوجود المقتضي وهو الامكان مع الاحتياط قوله فان جحد الولادة يعني فيما اذا جاءت بولد لستة اشهر فصاعدا وثبت بشهادة امرأة واحدة القافا اما عند هما فظاهر وعنده لتأيدها بقيام الفراش حتى لو نفاه بعد شهادتها لاعن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحد ليلزم انه قائم مقام الحد والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب ان لا يجب اللعان هنا وانما يلزم خطأ ابي حنيفة حيث لم يثبت به النسب واثبت به اللعان حل اللعان انما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد حتى ثبت

هذا ان

ان ولدت ثم اختلفا يقال الزوج تزوجتك منذ اربعة وقالت بل منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابن ستة لان الظاهر شاهد لها فانها تلد
ظاهرا من نكاح لا من سفاح وكرهنا كرارا لاستحلاف وهو على الاختلاف وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امرأة الولادة
لا تطلق عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح تطلق لكن شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه
ولانها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رح انها ادعت الحدث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية
في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رح وعندهما تشترط شهادة القابلة
لانه لا يدرى بحجة لدعواها الحدث وشهادتها حجة فيه على ما بينا ولانه ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها
منه تمنته فيقبل قولها في زوال الامانة قال واكثر مدة الحمل سنتان لقوله عائشة رض الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل

هو نفيه فانه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد اصلا فضلا عن نفيه بوجه من وجوهه تتحقق بدونه وان التفق هنا وقوعه في ضمن النفي قوله ان ولدت ثم اختلفا
فقال تزوجتك لاربعة اشهر وقالت لستة فالقول لها لان الظاهر شاهد لها هو انه ولد من نكاح لا من سفاح ولانه من تزوج بهذا الزوج
في عدته وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو اضافة الحادث وهو النكاح هنا الى اقرب الاوقات لانه اذا تعارض ظاهران في ثبوت
نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى انه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع ان ظاهر حدثها يظاهر
وهو عدم مباشرته النكاح الى فساد ان كان الولد من زوج او جبل من زنا وان صح على الخلاف فيه ثم التحريم عليه بعد النفي لانه لا يلزم من تحريمها
حاملا ثبات النسب ليكون اقرارا بالفساد كما اذا تزوجها بلا شهود بجوازه وهي حامل من زنا فانه صحيح على الصحيح ولان الشرع كذبه حيث
اثبت النسب والشرع اذا كذب الى قرار يبطل قوله ولم يذكر اي محمد اي الاستحلاف اي استحلاف هو على الخلاف المعروف في
الاشياء الستة فعند هما يستحلف وعنده لا يستحلف لان الخلاف واقع في النكاح والنسب قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت فانت
طالق فشهدت امرأة على الولادة والزوج منكر ذلك ولم يكن حبلها ظاهرا ولا اقر به لم تطلق عند ابي حنيفة ولكن يثبت النسب وقالا
تطلق ايضا لان شهادتها حجة في ذلك اي في ثبوت ولادتها للحديث السابق واذا كانت حجة مقبولا فيما تقبل فيما يبتنى عليها
وهو الطلاق المعلق به وبهذا التقرير تبين ان قوله ولانها لما قبلت في الولادة الخ ليس بوجه آخر بل هو تمام الوجه الاول وصار
كثبوت الامومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما اذا قال ان كان بامتي هذه حمل فهو مني فولدت لاقل من ستة
اشهر فانكر ولادتها فشهدت به امرأة وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما اذا اجابت زوجته بولد فقال ليس مني ولا ادري اولدت هي
او لا فشهدت بالولادة امرأة فانه يجب اللعان الا ان يكون الزوج عبدا او حرا محدودا في قذف وعند ابي حنيفة انها ادعت الحدث
وزوال ملكه اثبات فلا بد من حجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست حجة كذلك الا في موضع الضرورة وهو الولادة ولازمة الخاص
به فقبلت فيها وثبت النسب وامومة الولد ولانه حكمه اللازم شرعا واما اللعان فانما يثبت بالقذف وان التفت به وقع في ضمن نفي الولد كما تقدم
واما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكما مختصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحما فاخبره مسلم انه ذبيحة مجوسي قبل في الحرمة
ولا يثبت تحبيس الذابح وكقوله اذا حضت فانت طالق وفلانة فقال حضت انا طلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان مقترنان ويمكن
جعل هذا اشكالا على ابي حنيفة فان طلاقها هي زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحيضها بل لازمه الشرعي حرمة قربانها فقد ثبت بقولها
لازمه الشرعي ولازمه الجعل المنفك وهو حشمة وسيأتي الفرق ولو كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند ابي حنيفة وعندهما بالشرط
شهادة القابلة لانه لا بد من الحجة لدعواها الحدث وشهادتها حجة فيه ولان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة وللعلم بان الحبل
لا يدوم بعده ولانه اقر بانها مومنة في اخبارها بالولادة حيث اقر بانها حامل فيقبل قولها في زوال الامانة كما اذا علق بحيضها فقالت حضت فانت
طهر الفرق الدافع للاشكال المذكور وهو ان التعليق ان كان بما هو معلوم الوقوع لعينه وعلمه من جهتها كمجيئها او ولادتها لعينها
بجعلها او بظهور حبلها كان التزاما لتصديقها عند اخبارها به واعترافا بانها مومنة وان لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل
الاعتراف بحبلها سابقا ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند الكارها الى الحجة قوله واكثر مدة الحمل سنتان

واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر وللشافعي رح يقدر له اكثر باربع سنين

والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها فاستبرأها فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر

منذ يوم اشتراها لزمه ولا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الى اقرب

وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كانت الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين فقد ثبت النسب الى سنتين من وقت

الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء ومن قال منهم ان كان في بطنها ولد فهو مني فاستولدها صار مراجعا

وعند الشافعي رح مالك ابن اربع سنين واستدل بما يقول عائشة رض الولد لا يبقى في البطن امه اكثر من سنتين ولو بقي بطل مغزل الغزل رواه الدارقطني والبيهقي في

سننهما من طريق ابن المبارك ثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة قالت ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر

ما يتحول ظل عمود المغزل وفي لفظ قالت لا يكون الحمل اكثر من سنتين الحديث واخرج الدارقطني ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال قلت

لمالك ابن انس اتى حديث عن عائشة انها قالت لا تزيد المرأة في حملها على سنة قد رأيت فقال سبحان الله من يقول هذه هذه جارتنا

امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة البطن في اثنتي عشرة سنة كل بطن في اربع سنين ولا يخفى ان قول عائشة رض مما لا

يعرف الا سماعا وهو مقدم على المحكي عن امرأة ابن عجلان لانه لقد صحة نسبته الى الشارع لا يطرق اليه الخطأ بخلاف الحكاية فانها لعدم صحة نسبتها

الى مالك والمرأة تحتمل خطأ ما فان غاية الامر ان يكون القطع وهما اربع سنين ثم جاءت بولد وبذا ليس بقاطع في ان الاربعة ثما مهما كانت

حاملا فيها لجواز انها استدمرت باسنتين او اكثر ثم حاضت وهي حاملا في البطن لوجود الحركة مثلا في البطن لوجد ليس قاطعا في الحمل لجواز كونه غير الولد ولذا اخبرت

عن امرأة انها وجدت ذلك مدة تسعة اشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وادراك الطلق فجيء جلست القابلة تحتها اخذت منه الطلق

فكلما طلقت اعتصرت ماء كثيرا شيئا فشيئا الى ان صغر بطنها وقامت عن قائمتها من غير ولادة وبالجملة مثل هذه الحكايات لا تعارض الروايات ومارواه

ان عمر رض اثبت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها فقال له معاذ ان كان لك عليها سبيل

فلا سبيل لك على ما في بطنها وتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه ليشبه اباه فلما رآه الرجل قال ولدي ورب الكعبة

فانما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه قوله واقله ستة اشهر ولا خلاف لاحد فيه لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا مع تفصيل

الفصال في الآية الاخرى بكونه في عامين فيلزم كون الفاضل ستة اشهر وارد عليه انه مخالف لما قرره لابي حنيفة رض ان اقل مدة

هذه المدة مضروبة تماما لكل من الحمل والفصال غير ان المنقص قام في احدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة رض قلنا قدمنا هناك انه

غير صحيح لما يلزم من انه يراد بلفظ الثلثين في اطلاق واحد حقيقة ثلاثين واربعة وعشرين باعتبار اقنائتين فتعلله رجع الى الصحيح واجيب

بان هذا تاويل ابن عباس رض ذكره هنا وموضع الاستدلال في الحقيقة مورده لا هو فنقل بعضه لتنبيه به عليه وهو ما روي ان رجلا تزوج

امرأة فولدت لستة اشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس رض اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال وفصاله

في عامين فلم يبق للحمل الا ستة اشهر فخلى عثمان رض سبيلها فتبسم عثمان مع عدم مخالفة احد فكان اجماعا وهذا صحيح في نفسه ومفيد

لقطعية ارادة كون المدة لمجموع الحمل والفصال لا لفاقهم على ستة حيث سكتوا وارتبوا الحكم باعتباره وهو يطل تمسكه في الرضاع على

ذلك الوجه فلا يدفع به التناقض على المصنف قوله ومن تزوج امة فطلقها اي بعد الدخول واحدة بائنة او رجعية ثم اشتراها قبل ان تقر

بانقضاء عدتها فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ اشتراها لزمه اي ثبت نسبه منه ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه وقيدنا بعد الدخول وبواحدة

لانه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد الا ان يجيء به لاقل من ستة اشهر منذ فارقها لانه لا عدة لها او بعده والطلاق ثلثا ثبت النسب

الى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف قوله والا اي ان لم تجيء به لاقل بل لتمام ستة اشهر او اكثر من وقت الطلاق لم يلزمه

الا ان يدعيه قوله لانه في الوجه الاول وهو ما اذا جاءت لاقل من ستة اشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق سابقا على الشراء

ان الشبهة على الشبهة في هذه الروايات ، ان الطلاق

قوله وكان للحاملة الى حين الولد وثبت نسب بقيته بالباقي ومن قال للزالم مراده بهم ما يخلق ما ظهر فيه شيء من خلقة الانسان

ولد العدة ثبت نسبه بلا دعوة وهو ما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا كان واحدة تحل له وطيها بعد الشراء لانها معتدة والمرأة متى ولدت والوطئ حلال يقضي بالتفوق من اقرب الاوقات لان فيما زاد عليه شكا واقرب الاوقات ستة اشهر واعتبارنا في الاول يوجب انه ولد المعتدة وفي الوجه الثاني يوجب انه ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء لان به تحرم الامة على مولاها فلا يحل الشراء لان حل المحرمة حرمة غليظة معناه بنكاح زوج آخر على ما عرف فتعذر القضاء بالتفوق من اقرب الاوقات لانه قضاء عليها بالوطئ الحرام فيقضي بالتفوق من ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرنا على الصلاح وقبل الطلاق كانت مشكوحة فثبت نسب ولدها بلا دعوة ثم اذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وان جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فانه بعد كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء وان كان بائنة يثبت الى اقل من سنتين او تمام السنتين بعد كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء واعلم ان ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم اعتقها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب الا ان يدعيه الزوج لان النكاح لبطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الشراء الا بدعوة والعتق ما زاد بالا بعد امنه وعند محمد يثبت النسب الى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء لبطل النكاح وجبت العدة كما لا تظهر في حقه لملك وبالعتق ظهرت وحكم معتدة عن بائن لم تقر بانقضاء عدتها فذلك ولو جاءت به لاقل من ستة اشهر لزمه للعلم بوجوده قبل الشراء وان كان لاكثر من سنتين من العقد وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ باعها نسب لان لو يوقف لا يثبت النسب وان ادعاه لا بتصديق المشتري لما مر ان النكاح لبطل وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق الا انه هنا لا يثبت بلا دعوة لان العدة ظهرت ثمة ولم تظهر هنا ولو اسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام قضاء لا عن ويقع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل الاسلام وباعتباره لا لان لكن العلوق حادث والاصل عدم الحوادث فنقدر بكذا احتياطا وكذا اذا تحته امة اعتقها مولاها فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق قضاء لا عن ويقع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل الاعتاق فان قيل ما ذكر ثم يقتضي مسائل احدها ما لو قال لامرأته احد كما طالق ثلاثا ولم يبين ستة وولدت احدهما لاكثر من ستة اشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فلا يجاب على ابهامه ولا تصير مطلقة وذكره في الزيادات وثانيها ما لو قال لها واذا حبلت فانت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق فكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل وثالثها المطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا وكما منا الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات لتثبت هذه الاحكام اعني البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما تضاف الى اقرب الاوقات اذا لم يتبين ابطال ما كان ثابتا بالدليل او ترك العمل بالمقتضى اما اذا تبين فلا وقد تبين فلا فمتى حولت على ما قلنا ثم استقرت المسائل وجدت الامر على ما قلنا في ثبوت الطلاق في الصور من الاولين ابطال ما كان ثابتا متيقنا بلا يقين وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استمرار الرجعة

بقي القول فيما لو ادعى ولد امة ولده بالاجماع لان سبب ثبوت النسب وجود وهو الدعوة والحاجة الى التعيين الولد وهو ثابت

بترتانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح العلني أقوى للتعيين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث

باب حضانة الولد ومن احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حوى وقد زعم ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رض دفعها خيره من شهد رعسل عند عمر رض لعمر قال حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون

حجة في ذلك بالاجماع اي باتفاق اصحابنا هذا اذا ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار او لو ولدته لستة اشهر او اكثر لامكانه من الاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول لتيقننا ببقائه في البطن وقت القول فيثبت بالدعوى

قوله ثم ثمانية الخ فان قيل ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح غير متنوع اي ما هو سبب استحقاق الارث وما ليس كذلك بل هو بلزوم لاستحقاقه واذا ثبت الشئ ثبت بلازمه الشرعي والا لم يكن لازما بخلاف نكاح الامة والكتابية قوله ووجه الاستحسان ان المسئلة مقرونة فيما اذا كانت معروفة بحريته الاصل وانها ام الولد واذا ثبت كونها حرة هي ام ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لانه الموضوع لحصول الاولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي وكذا احتمال كونه ملكها في صحته وانقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم ببقائه ما لم يتحقق زواله قوله فلا ميراث لها قال التمرتاشي ولكن لها مهر المثل لانهم اقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها ام ولد بقولهم قوله لانه استحقاق الارث فلا يقضي به كالمفقود يجعل حيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة الى غيره حتى لا يرث من احد الله اعلم

باب حضانة الولد ومن احق به

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب احوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد قوله واذا وقعت الفرقة الخ وهو على الاطلاق في غير ما اذا وقعت بردتها لحقت اولا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان ثابت فهي احق به وما اذا لم تكن اهلا للحضانة بان كانت فاسقة او تخرج كل وقت وتترك البيت ضائعة او كانت امة او ام ولد او مدبرة او مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة او متزوجة بغير محرم وما اذا كان الاب معسرا وابت الام ان تربي الا باجر وقالت العمة انا اربي بغير اجر فان العمة اولى وهو الصحيح قوله لما روي ان امرأة في سنن ابي داود من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي رواه الحاكم وصححه عمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فاذا اراد بجده محمدا كان مرسلا واذا اراد عبد الله كان متصلا فالمتيقن عليه يصير محتملا للارسال والاتصال وبهذا نص على جده عبد الله وحجر الانسان بالفتح والكسر والحواء بالكسر بيت من الوبر والجمع الاحوية قوله ولان الام اشفق عليه ابدا لحكمة خصوص هذا الشرع وانما كانت اشفق لانه كان جزءا لها حقيقة حتى قد تقرض بالمقراض واقدر على الحضانة لتفرغها بصفة الانوثة والرجل اقدر على الاكتساب فاذا اجتمعت نفقته عليه اذا لم يكن له مال وجعل عندها وقوله واليه اشار الصديق الخ يشير الى ما في موطأ مالك ثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امرأة من الانصار فولدت له عاصما ثم فارقها عمر رض فركب يوما الى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فاخذه بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فادركته جدة الغلام فنازعته اياه فاقبلا حتى اتيا ابا بكر رض فقال عمر ابني وقال المرأة ابني فقال ابو بكر رض خل بينه وبينها فما راجعه عمر رض الكلام وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي وزاد ثم قال ابو بكر رض سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تولهه والدة عن ولدها وفي مصنف ابن ابي شيبة ثنا ابن ادريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم ان عمر ابن الخطاب رض طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن ابي الافلح فتزوجت فجاء عمر رض فاخذ

وتسقط نفقة الاب على ما ذكرنا ولا نفقة على الام لانها مشغولة بخدمة الحضانة فان لم تكن للام ام ام الام فهي من ام الاب وان علت لان هذه قرابة تستمد من قبل الامهات فان لم تكن ام ام ام فهي من الاخوات لانهما من الامهات ولهذا تتقدم من كل واحدة منهما على من لا تستمد الا من قبل الاب فان لم تكن الا اخت لاب وام او اخت لام فالاخت لاب وام اولى من الاخت لام لان الحضانة تستمد من الام والاخت لاب وام تدلي بالام والاب والاخت لام تدلي بالام وحدها والاخت لاب وام اولى من الاخت لاب لان الاخت لاب وام تدلي بالاب والام والاخت لاب تدلي بالاب وحده وان لم تكن الا اخت لاب فهي اولى من الخالة لان الاخت لاب تدلي بالاب والخالة تدلي بالام والاب اولى من الام في الحضانة على ما بينا وقيل الخالة اولى لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل هذا قوله القديم ورفع ابويه على العرش اذا كانت خالته وتقدم الاخت لاب على الاخت من الام لان الاخت من الاب ان الحق ابن من قبل الام ثم الخالات اولى من البنات ترجيحا للقرابة بالام ويترتبن كما ترتبن الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم البنات يترتبن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها

ابنة قادر كنية شمس ام المنذر حاضنة الانصارية وهي ام جميلة خاخذته فمرا فما الى ابي بكر فقال خل بينها وبين ابنها فاخذته ولابن ابي شيبة ايضا عن عمرة انه طلق ام عاصم ثم اتى عليها وفي حجرها عاصم فاراد ان ياخذه منها فنجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى ابي بكر فقال له مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه قوله والنفقة على الاب على ما مر ذكره في باب النفقة وهذا اذا كان موسرا وان كان معسرا فعلى ذوي الرحم المحرم الوارث على قدر المواريث قوله ولا تجبر يعني اذا طلبت الام فهي احق به فان ابت لا تجبر على الحضانة وهو قول الشافعي واحمد والثوري وروايته عن مالك وفي رواية اخرى وهو قول ابن ابي ليلى وابي ثور والحسن بن صالح تجبر واختاره ابو الليث والهندواني من مشائخنا لان ذلك حق الولد قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين والامر للوجوب والمشهور عن مالك تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالارضاع وتجبر التي هي من ترضع فان لم يوجد غيرها او لم يأخذ الولد ثدي غيرها اجبرت بلا خلاف ويجبر الاب على اخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان النفقة وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى فاذا اختلفا فقد تعاسرا وكانت الآية للندب او محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها عسى ان تعجز عنه لكن في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد لو اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان هذا حق الولد ان يكون عند امه ما كان الها محتاجا لهذا لفظه فافاد ان قول الفقيهين جواب الرواية واما قوله تعالى فسترضع له اخرى فليس الكلام في الارضاع بل في الحضانة قال في التحفة ثم الام وان كانت احق بالحضانة فانه لا يجب عليها ارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة والنفقة الولد على الوالد الا ان لا يوجد من يرضعه فتجبر قوله فان لم تكن ام لم تكن ام يستحق الحضانة بان كانت غير اهل للحضانة او متزوجة بغير محرم او مات فام ام الولد اولى من كل احد وان علت وعن احمد ام الاب اولى واستضعف بان ام الام تدلي بالام وهي المقدمة على الاب فمن يدلي بها اولا واحق مما يدلي به فان لم تكن للام ام فام الاب اولى من سواها وان علت وعند زفر الاخت الشقيقة او الخالة اولى منها وعن مالك الخالة اولى من الجدة لاب لما في الصحيحين ان عليا وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال علي انا احق بها هي ابنة عمي وقال زيد بنت اخي وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام وقال لعلي انت مني وانا منك وقال لجعفر اشبهت خلقي وخلقي وقال لزيد انت اخونا ومولانا ورواه ابو داود وقال فيه انما الخالة ام ورواه اسحق بن راهويه وقال بعد قوله واما انت يا زيد فاخونا ومولانا والجارية عند خالتها فان الخالة والدة قلنا هذا كله تشبيه فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة او غيره والاول اظهر لان السياق افاد ارادة الاول فيبقى اعم من كونه في ثبوت اصل الحضانة او كونها احق به من كل من سواها ولا دلالة على الثاني والاول متبين فيثبت فلا يفيد الحكم بانها احق من احد بخصوصه اصلا ممن له حق في الحضانة فيبقى المعنى الذي عيناه بلا معارض وهو ان الجدة ام ولهذا احرز ميراث الام من السدس وغلبة الشفقة تتبع الولادة ظاهرا فكانت مقدمة على الاخوات والخالات فان لم يكن جدة سفلى ولا عليا فالاخوات اولى من العمات والخالات لان بنات في الابوين او الام ولكن بنات الاجداد والجدات والشقيقة اولى من غيرها والتي لام اولى من الاخت لاب ولهذا الاخت لاب

كونها

لما ذكر وينبغي كان ذو رحم محرم اذا كان اجنبيا يعطيه ترابا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر اليه ولكن لا يخلو هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امرأة من اهله فاحتكم فيه الرجال فاولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد اعرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم فخرج عن القنية والام والجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وللمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب والتثقيف والخصاء لا قدر على الاستقلال بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والام على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد رح انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة

الخالة وفي رواية كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب لانها تدلي بالام وتلك بالاب وفي رواية كتاب النكاح الاخت لاب اولى من الخالة اعتبارا للقرب القرابة وتقديم المدلي بالام على المدلي بالاب عند اتحاد عمتيهما قد مر بافعل رواية كتاب النكاح يدفع بعد الاخت لاب الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لام ثم الى بنت الاخت لاب ثم الى الخالة الشقيقة ثم الى الخالة لام ثم لاب ثم العمات على هذا الترتيب ثم الى خالة الام لاب وام ثم لام ثم لاب ثم الى عماتها على هذا الترتيب وخالة الام اولى من خالة الاب عندنا ثم خالات الاب وعماته على هذا الترتيب وقد تبين ان اولاد الاخوات لاب وام احق من الخالات والعمات وان الاخت لاب وام احق من ولد الاخت الشقيقة وبنات الاخت اولى منهما منبات الخ لان بنت الاخت تدلي الى من له حق الحضانة واما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فمنعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتاكد بالمحرمية قوله لما روينا وهو قوله ﷺ ما لم تتزوجي والندر التعليل والشرر نظر البغض ولو ادعى ان الام تزوجت وانكرت فالقول لها ولو اقرت بالتزوج الا انها ادعت الطلاق وعدم حقها فان لم تعين الزوج فالقول لها وان عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج قوله فاختصم المعصوم انه اذا لم يكن للصغير امرأة من اهله او وجب الانتزاع من النساء اخذه الرجال واولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية عليه بالقرب ولذلك اذا استغنى عن الحضانة كان الاولى بحفظه اقربهم تعصيبا وقد عرف في موضعه اي في الفرائض واولى العصبات الاب ثم الجد اب الاب وان علا ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب وكذا كل من سفل من اولادهم ثم العم شقيق الاب ثم لاب فاما اولاد الاعمام فانه يدفع اليهم الغلام فيبدأ بابن العم لاب وام ثم ابن العم لاب لا تدفع الصغيرة اليهم لانهم غير محارم وانما يدفع اليهم الغلام واذا لم يكن للصغيرة عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لاب وام ثم لاب ثم لام لان للام ولاية عند ابي حنيفة رح في النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه اخر العصبات ولا تدفع الانثى اليه ولو كان في المحارم من الاخوة والاعمام من لا يولى على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الامساك الكل من الكافي واذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كاخوة واعمام فاصلحهم اولى فان تساووا فاسنهم وفي الفتاوى الصغرى فان لم يكن عصبة فالى ذوي الارحام على الترتيب قوله حتى ياكل الخ الذي في الاصل حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفي بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده فضمه المصنف الى ما تقدم وفي نوادر ابن رستم يتوضأ وحده وذكر شمس الائمة لا بد من ان يستنجي وحده ليحصل الاستغناء ثم من المشايخ من قال المراد من الاستنجاء تمام الطهارة بان يطهر وجهه وحده بلا سنين ومنهم من قال بل من النجاسة وان لم يقدر على تمام الطهارة قوله والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لانه قيل انه يقدر بتسع لان الاب مامور بان يامره بالصلوة اذا بلغها وانما يكون كذلك اذا كان الولد عنده ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي احدهما ولكن ينظر ان كان ياكل وحده ويلبس وحده دفع والا فلا قوله وعن محمد رح انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة وهي رواية هشام وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان وعن ابي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة لينبغي عليها

ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفى الجامع الصغير حتى تستغنى لانه لا يقدر على استخدامها ولا على الاجارة للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا **قال** وكلامه اذا اعتقها مولاها ام الولد اذا اعتقت كالحرة فى حق الولد لانهما حرتان اولان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق فى الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعى رحمه الله لهما الخيار لان النبى عليه السلام خير ولدنا انه تقصور عقل يختار من عنده الدعة للتعليم عنده ومن اللعب فلا يتحقق النظر قلنا قد صح ان الصحابة رضى الله عنهم اختاروا اما الحديث فقد قال عليه السلام اللهم اهده فدعا له فاختار الاقرار عليه السلام ومحمل على اذا كان بالغا

اخذ الاب وثبوت حرمة المصاهرة قالوا ابنت تسع مشتهاة وخمس ليست مشتهاة وست وسبع وثمان ان كانت عبلة مشتهاة والا فلا **قوله** ومن سوى الام والجدة يعنى الجدتين من قبل الام والاب **قوله** لانها لا تقدر على استخدامها شرعا وتعليم اداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب وانما يحصل بالاستخدام بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليها شرعا ولذا جاز ان يواجرها قال الحاكم الجليل الشهيد وان كانت البكر دخلت فى السن واجتمع عقلها وراتها وامرها مخوف عليها فلها ان تنزل حيث اجبت فى مكان لا تخوف عليها **قوله** والامة اذا اعتقها مولاها ما دام الولد اذا اعتقت كالحرة فى حق الولد وحال الحرة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان مولاه احق به منها وان كان حرا كانت احق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاه ان كان له مولى اعتقه ومن مولاها ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهى امة فالولد لمولاها وهو اولى به من الاب لانه مملوكه وان كان الزوج حرا وكذا ان كان الزوج حرا ولم يفارق امه فالمولى احق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين امه للنهى عن ذلك ذكره فى الكافى وفى التحفة المكاتبة ان ولدت قبل الكتابة لا حق لها وان بعده فهى اولى به لدخوله تحت الكتابة **قوله** او يخاف بالرفع استئنافا وفى بعض النسخ او يخيف بالجزم عطفا على مالم يعقل ويمنع ان تغذيه الخمر او لحم الخنزير وان خيف ضم الى ناس من المسلمين ويروى بالنصب ايضا على معنى الا ان يخاف مثله فى قوله لا تزال تاتينا فتحدثنا او تقضينى حقى ولكن هذا فى اولاد الاولاد وقال الشافعى واحمد ورواية عن مالك لا حضانة لها والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وابى ثور وقوله للنظر بعد ذلك دافع لقولهم وحاصله ان لا نظر الصغير ان يكون عند الام لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التعهد بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الدينى يرتفع بما ذكرنا **قوله** والاختيار للغلام يعنى اذا بلغ السن الذى يكون الاب احق به كسبع مثلا اخذه الاب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك عند الشافعى يخير الغلام فى سبع او ثمان وعند احمد واسحق يخير فى سبع فاذا اختار احدهما وسلم اليه ثم اختار الآخر فله ذلك فان عاد واختار الاول اعيد اليه بكذا ابدا قال فى المغنى وبذا لم يقل به احد من السلف والمعتمد لا يخير ويكون عند الام **قوله** لان النبى صلى الله عليه وسلم خير اخرج الاربعة من ابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين امه وابيه قال الترمذى حديث حسن صحيح ولابى داود والنسائى فيه قصة لابى هريرة قبل ان يروى الحديث حاصلها انه خير غلاما فى واقعة رفعت اليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امراة جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم وانا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجى يريد ان يذهب بابنى وقد سقانى من بير ابى عنبة فقد نفعنى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقنى فى ولدى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت واستدل المصر بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر واجاب عن الحديث بوجهين احدهما انه عرض وعا ان يوفق الاختيار الا نظر على ما رواه ابو داود فى الطلاق والنسائى فى الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن ابيه عن جده رافع بن سنان انه اسلم وابت امراته ان تسلم فجاءا بابن لهما صغير لم يبلغ فاجلس النبى صلى الله عليه وسلم الاب هنا والام هنا ثم خيره وقال اللهم اهده فمذهب الى ابيه وفى لفظ آخر انه اسلم وابت امراته ان تسلم فاتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتى فهى فطيم وقال رافع ابنتى فاقعد النبى صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية واقعد الصبى ناحية وقال لهما ادعوها فمالت الصبية الى امها فقال

فصل واذا اراد المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا

عم اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها واخرجه الدارقطني من طريق ابي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت تميرة واخرج ابن ماجة والنسائي في سننه عن اسمعيل بن ابراهيم بن علية ثنا عثمان التيمي عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه عن جده ابي سلمة ان ابوين اختصما في ولد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم احدهما كافر فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه الى الكافرة فقال اللهم اهده فتوجه الى المسلم فقضى له به قال ابن القطان لعدم ذكره الراويين في انه غلام او جارية ولعلهما قضيتان قال وقد روى من طريق عثمان التيمي عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه عن جده عن ابويه اختصما فيه رواه ابن ابي شيبة ورواه غيره وقال فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ولا يصح ذلك لان عبد الحميد بن سلمة واباه وجده لا يعرفون ولو صحت لا ينبغي ان يجعل خلافا لرواية اصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فانهم ثقات وهو وابوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف واقاد ان المراد بقوله عن ابيه عن جده جد ابيه قال فانه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله من الحكم بن رافع بن سنان ونحن نقول انه اذا اختار من اختاره الشرع دفع له لكن الوقوف على ذلك متعذر لتغيير غيره هم مع دعائه فيجب لبعده عم اعتبار منظنة الانظرية وهو فيما قلنا ثانيهما انه كان بالغا بدليل الاستغناء من بين الى عتبة من دون البلوغ لا يرسل الى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه غالبا ونحن نقول اذا بلغ فهو مخير بين ان ينفرد بالسكنى وان يكون عندايهما اراد اللهم الا ان يبلغ سفيها مفسدا فح يضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله ولا نفقة له على الاب الا ان يتطوع اما الجارية فان بلغت بكرا ضمها الى نفسه لانها عمره بعد وان بلغت ثيبا ولها ان تنفرد بالسكنى الا ان تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللاب ان يضمها اليه وكذا الاخ والعم اذا لم يكن مفسدا فان كان فح يضعها القاضي عند امراة ثقة ولهذا صح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا على ما تقدم مع قصة عمر مع ابي بكر وفي ما اسند عبد الرزاق عن عمر انه خير انيا فاختار امه فانطلقت به محمول على انه عرف ميل الابن الى امه وهي في الواقع احق بحضانته فاحب تطييب قلب الاب من غير مخالفة للشرع فخير ويدل عليه ما تقدم انه لم يراجح ابا بكر الكلام والجواب ان عدم المراجعة ليس دليلا لان ابا بكر كان اماما يجب نفاذ ما يحكم به من رآه وان خالفه رأي المحكوم عليه فالوجه ما ذكرنا ليوافق المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قدمناه اول الباب

فصل اذا ثبت حق الحضانة للام فاراد ت ان تخرج بالولد الى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لان حق السكنى له بعد القاء معجل المهر خصوصا بعد ما خرجت معه وان كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلد التي تريد الخروج الى بلدنا وقد وقع العقد فيها او لا ففي الاول ليس للاب منعها وان بعدت كالكوفة من الشام الا ان يكون دار حرب وهو مسلم او ذمي وان كانت هي حربية ولو كان كلاهما مستامنا جاز لها ذلك لانه لما عقد به فالظاهر انه يقيم به غير انه اذا خرج بعد ذلك وقد اعطاها المهر وجب عليها المتابعة او تابعته بلا وجوب واذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الامر الى الاول ولو كانت الاولاد صغارا بان تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له اولادا فخرج بهم الى الكوفة ثم طلقها فجاءت فيهم ليردهم اليها فان اخذهم باذنها ليس عليه ان يجيء بهم اليها ويقال لها اذهبي اليهم فخذيهم وان كان بغير اذنها فعليه ان يجيء بهم اليها وفي الثاني له منعها سواء كان مصرا ولم يعقد فيه او عقد فيه وليس مصرا على اصح الروايتين كما سيذكره الا ان يخرج

الوصي

الام

قوله قال عليه السلام من تأهل بأهل فهو منهم يعني الغريب إذا تزوج في بلدة وأراد أن يخرج بها إلى مصر غير وطنها وقد كان أقام فيها مدة يكون له ذلك لأن التزوج فيها إنشاء الكتاب إلى أنه ليس لها ذلك وهذه رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير أن لها ذلك لأن الظاهر أن الزوج يبني على أن يقيم مدة فيكون رضا بوجوب أحكامه فيه كما يجب البيع للتسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق المساكنة إلا أن الأصح أن التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذه عهود لتحاصل ما لا بد منه من الأمن من جميع الوطن ووجود المكاتب وهل الحكم إذا كان بين المصرين قفاوت أما إذا انتقل بأهله بحيث يمكن للولد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر كان لها ذلك لأن نظر الصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر وليس في عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد وليس لها ذلك

لأنه مقر ما بقيت لوجوب الرد لها ولو أمكنه أن يشتري منه أو قسمه كذلك وكان العقد في قرية لأنه كالانتقال من دار إلى دار تجارة ولو كان العقد في قرية بل في مصر فليس لها إخراجه إلى القرية بالقرية بناء فيما بين الأب والأم أما لو كانت الأم ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها أن تنتقل بها لولد إلى مصرها لأنه لم يكن بينهما عقد وكذا إذا عتقت لا يخرج الولد إذا عتقت من المصر الذي فيه السلام لأنه لا عقد بين الأب وأم الولد وللتكلم على فصول الكتاب قوله قال عليه السلام في مسند ابن أبي شيبة ثنا المعلى بن منصور عن عكرمة عن إبراهيم الأزدي عن عبد الرحمن بن الحارث بن أبي ذباب عن أبيه أن عثمان رضي الله عنه بعثه ساعيا فرجع فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تأهل في بلدة فهو من أهلها يصلي صلاة المقيم وإني تأهلت منذ قدمت مكة ورواه أبو داود كذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا تزوج الرجل ببلد فهو من أهله وإنما أتممت لأني تزوجت بها منذ قدمتها وقد ضعف عكرمة الأزدي قوله ولهذا يصير المستأمن الحربي به ذميا ظاهره أن بالتزوج يصير الحربي ذميا ووقع في الكافي بأنه خلاف المصرح به بل لا يصير إلا بالتزوج في دار الإسلام ذميا لأنه لا يستلزم التزام القيام لتمكنه من الطلاق والعود وإنما ذلك في الحربية إذا تزوجت في دار الإسلام لتعذر ذميتها لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما لما يصح بخلاف الحربي على إرادة الشخص الحربي فيصح مرادا به الحربية ويجوز أن يكون مرجع الضمير التزام المقام قال وهو ظاهر لو سبق الكلام له وفي النهاية وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بالفصل قوله وإن أراد الخروج بقوله فهو منهم وما ذكرناه في بعض النسخ وقع سهوا انتهى وعلى هذا لا حاجة إلى التكلف لتوجيهه بما قلنا ولغيره ويحتمل المراد به مع أنه لا يصح لأن مرجع الضمير إن كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح إلا بتزوج المرأة الحربية على صيرورتها من أهلها والحال أن صيرورتها كذلك لا مرخص فيها لا يوجد في فقه وإن كان التزام المقام فليس السوق لإثباته قوله أشار في الكتاب أي القدوري وقيل المبسوط والأول أولى لأنه معتاد المصر ولا يستفاد الثاني لعدم المعهودية ووجهه أن قوله إلا أن يخرج بها إلى وطنها يفيد أن غيره داخل في الخطر الذي وقع فيه التزوج غير وطنها وقوله وهو رواية كتاب الطلاق أي من الأصل وفي العكس وهو ما إذا أراد الانتقال إلى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات قوله كما يجب البيع التسليم في مكانه أي إذا كان البيع في ذلك المكان لا مطلقا فإن في الفتاوى من باع شعيرا أو الشعير بالقرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لأن في مكان العقد وإن لم يعلم فهو بالخيار إن شاء سلمه في مكانه وإن شاء فسخ ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار قوله فكذا حق إمساك الأولاد لأن الأولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات في مكان العقد اعتبارا للثمرات بالأحكام من وجوب التسليم والتسلم قوله تفاوت أي بعد وفي مكسه وهو أن ينتقل من المصر إلى القرية لا يجوز وإن كانت القرية قريبة إلا إذا وافق العقد فيها وسيأتي قريبا فرع لها فذلك ذكره في شرح الطحاوي وفي شرح البقالي ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولا أو لا والأول هو المنصوص ذكره حاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد إذا كان أصل النكاح في رستاق وله قسمي متفرقة فأراد أن تخرج بهم من قسمه إلى قرية فلها ذلك إن كانت القرى قسمه نظر بعضها إلى بعض ما لم يكن له ذلك لقطعه عن أبيه إذا أراد أن ينظر إليه من يوم وإذا أراد أن تخرجه من مصر إلى

باب النفقة

قال النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها كذا اطلق والاصل فيه قوله تعالى ينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وكل النفقة جزاء الاحتباس في كل نكاح كان محجوبا غير مقصود لغيره كانت نفقته على الموسر لان الفاء في الفاء تفيد التعقيب والاعسار يتأخر والكافرة والمسلمة في ذلك سواء لان الكل محتبس لحق الزوج والتفريق لعدم الكفاءة لا يوجب سقوط النفقة كما لو تزوجها وهي صغيرة وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انها اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كان معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات ودون نفقة المعسرات وقال الكرخي لا يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو النفقة فان النفقة تجب بطريق الكفاية والتقدير لا لتقدر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة واما النص فنحن نقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط

الى قرى فان كانت قريته منها فليس لها ذلك الا ان يكون النكاح واقع في تلك القرى وفيه ايضا وليس للمرأة ان تشتري لولدها وتبيع له ان كانت احق به الا ان يكون وصيه والله سبحانه اعلم

باب النفقة النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت او من النفاق الرواج نفقت السلعة نفاقا رواجت وذكر الزمخشري ان كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفح ونفس ونفى ونفد وفي الشرع الادرار على الشيء بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير باسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالزوجات اذ هي الاصل في ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالسبب الابعد والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن قيل هي الزوجات وقيل هي المطلقات والاول هو الظاهر وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها وقال الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود اسكنوهن من حيث سكنتم واتقوا الله في النساء فانهن عوان واخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفي الصحيح ان هند ابنة عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي ابني الا ما اخذ من ماله بغير علمه فقال عليه السلام خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك والاحاديث كثيرة في الباب وعليه اجماع العلماء وما نقل عن الشعبي رحمه من قوله ما رأيت احدا اجبر على نفقة احد كجبر تأويله والله اعلم بصحته قوله وكل من كان محجوبا بحق مقصود لغيره اي النفقة ترجع الى غيره كان نفقته عليه فخرج الراهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست مستحقة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر انه فاسد يرجع عليها بما انفقت اما لو انفقت عليها بلا فرض القاضي فلا سبيل له عليها وفي الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوجت منه فان اقر بان الحبل منه كان النكاح فاسدا عند ابي يوسف وعندهما الصحيح فتستحق النفقة وذكر في موضع آخر لا تستحقها عندهما ايضا لانه ممنوع عن وطئها لو اقر انه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها لتقدم اصله في المحرمات والله اعلم قوله لعدم الحابس في العدة فات والمفتي والوالي والقاضي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا اقاموا بدفع عدو المسلمين والناشزة محبوسات حبسا لهما عن الانتشاء فتجب لفقتهن عليهم مسلمات كن او لا او غنيات وقوله اذا سلمت نفسها في منزله ليس بشرط لازم في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطلب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت بغير حق لها كما مر بالاتفاق النفقة ايضا وان كان لغير حق لا نفقة لها لنشوزها وقال بعض المتأخرين لا نفقة لها حتى تعرف الى منزل الزوج وهو رواية عن ابي يوسف واختارها القدوري وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ ابي نصر في شرحه ان تسليمها نفسها شرط بالاجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرتفع الخلاف وهو انها اذا لم تنقلها الى بيته ولم تمنع منه تجب النفقة لانها سلمت نفسها ولكنه رضي بمقامها ان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها قوله وعليه الفتوى اختاره المحبوبي والخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رح وقال في التحفة انه الصحيح وذا لاخفا في وجوب نفقة المبارزة في مبارزها والاعسار في اعسارها وانما يظهر الخلاف في الاختلاف كما اذا

وهو الواجب به يتبين انه لا معنى لتقدير كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف بمقدار ما يؤدي كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان قوت الاحتباس معنى من قبله فيجعل كالفائت وان نشزت فلا نفقة لها

كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه وعلى ظاهر الرواية تجب في الاول نفقة الاعسار لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الاقسام التي بها يتم تفسير قول المخالف بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسرا وكأنه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى ح ان يقول فان كان احدهما موسرا والآخر معسرا او اقتصر في الاستدلال المذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها وجه انه يصلح رد الاعتبار حال فقط يعني اذا اثبت اعتبار حالها في هذا الحديث لبطل قولكم يعتبر حاله فقط ثم اعتبار حاله ثابت لابد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالها فيلزم اعتبار حالها ويرد عليه ان حديث هند خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة اولا والمعسر معسرة كانت اولا فاعتبار حالها زيادة موجبة لتغيير حكم النص اذ لو جب الزيادة في موضع التقييد النص فيه عدمها وعدمها في موضع تقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز وافاد المصنف بهذا القوله واما النص فنقول بموجبه انه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته فانه يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها في القدر بل يجب لها والحديث افاده فلا زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث افاد باعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بان يكون الواجب عليه اكثر فيما اذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله فبالضرورة يبقى الباقي في ذمته اللهم الا ان نقول يجوز عليه عدم بان زوجها كان موسرا فلم يمض على حاله والحق لها ان تأخذ كفايتها وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث تجيء بالنسبة الى هذه الآية اما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله الا ان هذه في المتعة لا في النفقة ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على انها ليست بسلوكا بها مسلك المكسوة بل هي بدل نصف المهر او ان قوله تعالى متاعا بالمعروف الآية يفيد بالقدرتين اي على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر وهذا لان المعروف ان لا يدفع للفائقة ما يدفع للفقيرة قوله وهو الواجب اي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالها وقد يقال لا تمشي على جميع اقسام تفسير قول الخصاف رح بل في اوساط الحال وفي اختلافها باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا اوسط واما في يسارهما فيمكن ان يقال يجب نفقة هي وسط في اليسار واما في اعسارهما فيجب ايضا نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان اعسارها غاية في الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله او حالها لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف في قوله عم خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف في متوسطة الحال ان كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وفي غاية اعسارها واعساره المعروف دون المتوسط فيه والحاصل ان على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت و اعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا ما دوما قوله لان ما وجب كفاية لا تقدير شرعا في نفسه لانه يختلف باختلاف الطبائع واحوال الناس وباختلاف الاوقات وفي المبسوط وكل جواب عرف من اعتبار حاله او حالها في النفقة فهي المكسوة مثله واذا اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج في المعسرة كذا في الاصل واشار شيخ الاسلام الى ان القول قولها انه قادر وهو ما ذكره محمد في الزيادات ومن المتأخرين من قال ينظر الى زيه وزيها الا في العلوية والفقيهة واذا كان القول قوله ولا بينة لها فسألت القاضي ان يسأل عن يساره في اليسر فليس ذلك على القاضي فان فعله فانا

بعض نفوذ ان سترله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فيجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على ازالة المعصية بالرد الى منزله

عنه انه موسر لم يفرض عليه النفقة الموسر الا ان يعجز بذلك عدلان انهما على ذلك فيكونان بمنزلة الشاهدين فان اخبراه من وراء لم يوفذ بقولهما فان اقامت البينة انه موسر ما قام الزوج انه محتاج اخذ بينتهما وفرض عليه النفقة الموسر كذا في الكافي فتحاكم قوله حتى تعود الى منزله ليفيد ان النشوز المستقبل يسقط النفقة ماخوذ فيه خروجها عن منزله والتحرير ان الماخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء الى المنزل سواء كان لعدم خروجها او امتنعت ان تجيء الى منزله ابتداء لبعد الغيبة معجل مهرها او عدم تمكينها اياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فقبل ان تسأله ان يجوز لها الى منزله او يكتري لها منزلا فان كانت ساكنة في ذلك لتنتفع بملكها فابى فلها النفقة وفي الفتاوى لو قالت انا خرجت لانك ساكن في ارض مغصوبة لا تكون ناشزة وفي الفتاوى النسفي لو كان المسجد وهي بيت فبعثت اليها اجنبيا ليحملها اليه فابت لعدم الحرم لها النفقة قوله لانها اي لانه ظاهر وصرح في الذخيرة بان المراد من الاستمتاع الوطي وبه قيد الحاكم قال لان النفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها الى ان تصير الى حالة تحتمل الوطي سواء كانت في بيت الزوج او الاب واختلف فيها فقيل اقلها تسع سنين وقال الفقيه ابو الليث اختار مشائخنا تسع سنين والحق عدم التقدير فان احتماله يختلف باختلاف البنية وعلى قول جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب وان كانت في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية علنا اما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فمرجع الضمير الوالدات فلا تناول الصغار واما قوله تعالى فلينفق ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق ليعلم من يستحقها ولم تعين من يستحقها فثبوت من يستحقها من خارج على انه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن الا يرى ان ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فضمير فيه تعين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه واما حديث جابر فقوله عام فيه ولمن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن ونقول لا يحل فرج من لا تطيق الجماع فانه اهلاكها وطريقه ولو سلم فالاتفاق على ان عمومه غير مراد فان الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه لعذر ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة اجنبية فاستحقاقها النفقة اما ان يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره او لملك اقصر بالملك الكامل في المرتوقة او لاحتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج اعني الوطي او دواعيه او لاحتباسها مطلقا لا يجوز الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الا ان يكون ايجابها في الكامل لمعنى تضمنه فهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على احد الاوجه التي ذكرنا ما وسنورده وجها وجيها والمعوض الملك هنا المهر فلا يكون النفقة ايضا عوضا والا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان ولا يمكن من جعل المعوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على الف وعبد لان الملك معوض مثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه مثبت ايضا كذلك وذلك المهر ودون النفقة لانها تجب شيئا فشيئا ولو كانت جزاء من العوض لزوم جهالة احد العوضين فانما تجب بحادث شيئا فشيئا وهو الاحتباس نظرا الى بقائه وهذا طريق المصنف وعلى هذا يجب ان يقول النفقة في المرتوقة ايضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملة الوطي ان امكن لا الملك وبهذا حق الا يرى انه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لمقاضه بالناشزة ولما قبله الفرق اتفاقا الدواعي باتفاقهما كونها من يوطأ واما الثاني فهو العلة لظهور اثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم وانما لم نقل فتعين الثاني عقيب ابطال الاقسام لتلا يكون سبرا فلما اشبهت المناسبة بظهور الاثر لم تبق الا ضنة والسبر انما هو في الحقيقة بابطال

وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان استمتاع المنوع فيه كاستمتاع الموجب لا يكون وسيلة الى وجوب النفقة بالنكاح بل يجب حبسها لحق الزوج وهو استمتاعه بها متى شاء وهذا لان النفقة انما تجب بالحبس الذي يتمكن به من الاستمتاع وقد وجد ذلك من الصغيرة كما وجد من الكبيرة بل هي اعجز عن الدفع من الكبيرة فكان الحبس في حقها اقوى

قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه قال وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها

والقبلة وغيرها فكان الاحتباس الموجب قائما وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستيناس والله اعلم

قوله قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب اشارة اليه وهو قوله وان مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض ولا يخفى ان اشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها في منزله وقدمنا انه مختار بعض المشايخ ورواية عن ابي يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهي الاصح لتعلقها بالعقد الصحيح مالم يقع نشوز فالمستحسن لهذا التفصيل هم المختارون تلك الرواية عن ابي يوسف وبهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستيناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية قال في الاصل نفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت او جنت او اصابها بلاء يمنع عن الجماع او كبرت حتى لا يستطيع جماعها وفي شرح الطحاوي اذا كبرت ولا تطيق الجماع او بها رتق يمنع الجماع او قرن كان لها النفقة وقال الحلواني اذا مرضت مرضا لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وبهذا التقييد للاول قال في الخلاصة لو كانت مريضة ومعها زوجها اولا قبل الدخول او بعده تجب وفي الاقضية لو كانت محرمة او رتقاء او قرناء تجب وفي الجامع الكبير سواء اصابتها هذه العوارض بعدما انتقلت الى بيت الزوج او قبله فيما اذا لم تكن مانعة نفسها وهذا جواب ظاهر الرواية عن ابي يوسف لا نفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطيها قبل ان تنقلها وان انتقلت من غير رضاه يردها الى اهلها اما اذا نقلها هو الى بيته مع علمه بذلك لا يردها الى اهلها انتهى كلامه من الخلاصة وبه يظهر لك ما عكسنا به فيمن اختار قول ابي يوسف ثم عن ابي يوسف التي مرضت في منزله اذا تطاول مرضها لتعذر كالرتقاء فيما

قوله وتفرض على الزوج النفقة الخ قال المصنف والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولا يخفى على متامل ان التكرار ليس بلازم اصلا ليحتاج الى الاعتذار عنه فان ما تقدم ليس الا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها هنا ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جوازه له ولا هو ملزومه فان الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الاقضية الرجل اذا كان صاحب مائدة وطعام كثير يمكن ان يتناول قدر كفايتها ليس لها ان تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة لفرض لها فافاد ما قلنا ثم اذا فرض فالزوج هو الذي يلي الانفاق الا اذا ظهر عند القاضي مظلمة فحينئذ تفرض النفقة ويامره ان يعطيها لتنفق على نفسها فان لم يعط حبسه كذا في الخلاصة وقيد اليسار اثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفي الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الاصلح والايسر ففي المحترف يوما يوما اي عليه ان يدفع نفقة يوم يوم لانه قد لا يقدر على تحصيل نفقة شهر مثلا وفقه وهذا بناء على ان عليه ان يعطيها معجلا او يعطيها كل يوم عند الساعة من اليوم الذي يلي ذلك الذي يتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وان كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر لشهرا ومن الدهاقين نفقة سنة سنة او من الصناع الذي لا ينقضي عملهم الا بانقضاء الاسبوع كذلك ولو فرض عليه اكثر من قدر حاله لان يمتنع عن اعطاء الزائد وفي الاقضية لفرض الادام ايضا اعلاه اللحم وادناه الزيت واوسطه اللبن وقيل في الفقيرة لا يفرض الا الادام الا اذا كان غير شعير والحق الرجوع في ذلك الى عرف فهم ويعتبر فيما على الزوج الحطب والصابون الاشنان والدهن للاستصباح

وجوبه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا يتم تمامه ولا تعز من لا تعز من نفقة خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما

وخميرة وثمن ماء الوضوء عليها فان كانت غنية تستاجر من تفعله ولا تفعله بنفسها وان كانت فقيرة فانه ان تفعله الزوج لها او يدعها تتفعل بنفسها وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لانه مؤنة الجماع وفي كتاب زكريا جعله عليها وفصل في ماء الطهر من الحيض بين ان يكون ميعادها عشرة ايام فعليها او اقل فعليه واجرة القابلة على من استاجرها من الزوجة والزوج فان جاءت بغير استيجار فالقياس ان يقول عليه لانه مؤنة الجماع والقياس ان يقول عليها كاجرة الطبيب وفي المحيط اذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها من نفقتها كان له ذلك بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة واذا لم تتقاضاه وتفرض الكسوة على كل ستة اشهر الا اذا تزوجها ونبي بها قبل ان يمضي اليه الكسوة فان لها ان تطالبه بها قبل مضي ستة اشهر والكسوة كالنفقة في انه لا يشترط مضي المدة وللزوج ان يدفع الى القاضي ليامرها بلبس الثوب لان الزينة حقه واذا فرض لها كسوة ستة اشهر فتخرقت قبل مضيها ان لبست لبسا معتادا تبين ان ذلك لم يكفها فيجدد والبتين خطأ في التقدير وان تخرقت لخوف استهلاكها لا يفرض لها اخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة اشهر تفرض لها اخرى بخلاف المحارم كذا في الاقضية ولو كانت تلبس ثوبا وتترك ثوبا توقيرا يجدد لها الكسوة اذا فرغ الفصل ولو لبست ذا ثوب ولم تتخرق لم يجدد لها اذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة او بقي منها شيء في الشهر الآخر ايضا يفرض وفي المحارم لا يفرض وفي ادب القاضي للخصاف يفرض قميص مقنعة وملحفة وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عشرة وليس فيه ذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكر جبة اصلا قال السرخسي لم يوجد جبة الا ازارا لانه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجبوا لها الجلباب والخف انتهى وقيل اختلاف عرف والعرف ايجاب السراويل في الصيف والشتاء لليسه في البيت والقاضي ينظر الى عرف كل قوم فيفرض بالعرف فعلى العسر قال محمد درع يهودي وملحفة رطبة وخمار سابوري ارخص ما يكون حامد فيها في الشتاء وعلى الموسر درع يهودي او هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء او زيباني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم فذكر في الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء الا ان القميص يكون مجيبا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم وفي كسوة الخادم ذكروا الازار والخف والمكعب وفي الخلاصة هذا في ديارهم يحكم العرف اما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تتمام عليه وينبغي ان يكون لها فراش على حدة ولا يكتفى بفراش واحد لها لانه قد تفقد في الحيض والمرض وفي الاشر فراش لك وفراش لاهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان واذا ارسل ثوبا فاختلفا قالت هدية وقال من الكسوة فالقول له فان اقام البينة على اقرار كل منهما بدعوى الآخر او على نفس هبة فالبينة بينة الزوج لانه هو المدعي للقضاء وكذا في دراهم فقالت هدية وقال نفقة او قال من المهر وقالت نفقة وكذا في جميع قضاء الديون اذا كانت من وجوه مختلفة قوله ووجه ان كفايتها الخ ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها او اعم منه قال بعضهم المملوك فلو لم يكن لا يستحق وقال بعضهم كل من يخدمها محرمة كانت او امة لها او لغيرها وفي الفتاوى الصغرى لو كانت المنكوحة امة لا تستحق نفقة الخادم لمنافات الاشراف ولو افقه ما قيد به الفقيه ابو الليث كلام الخصاف حيث قال في ادب القاضي فرض ما يحتاج اليه من الدقيق والادم واللحم والادام فقالت لا اخبز ولا اعجن ولا اعالج شيئا من ذلك لا اجبر عليه وعلى الزوج ان يأتي بمن يكفيها على ذلك قال الفقيه

وقال ابو يوسف ترفع الخادمين كما يفتقر الى رفع المصالح الداخل الى الآخر بخلاف المصالح الخارج وهما ان الواجب يقوم بالآخرين فلا ضرورة الى اثنين وقولهما ابلغ بنفسه كان كما بنا فكذا اذا قام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عن اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاظهر خلافا لما قاله محمد ان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استدني عليه وقال الشافعي يفرق

هذا اذا كان بها عاهة لا تقدر معها على الطبخ والخبز او كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فان كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه ان يأتيها بمن يخدمها وفي بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسي لا تجبر ولكن اذا لم تطبخ لا يعطيها الا ادام وهو الصحيح وقالوا ان هذه الاعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبر بها القاضي على ما نذكره انفا ان شاء الله تعالى قوله وقال ابو يوسف الخ وهين وكذا ذكر في فتاوى اهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب قوله ولانه لو تولى اي الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا قد يمنع هذا على رواية عن ابي يوسف في الاقضية ولو قال الزوج انا اخدمها عن ابي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل وعن ابي يوسف في رواية اخرى اذا كانت فائقة في الخدمة رفعت اليه مع خدم كثير استحقت نفقة الكل عليه وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي قوله خلافا لما ليقوله محمد وهو انه اذا كان لها خادم يفرض لها لانها لم تكلف بخدمة نفسها فيقدر ولو كان معسرا وجه الظاهر انها بحيث تكتفي بخدمة نفسها وانما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه الا حالة اليسار لان المعسر انما يلزمه ادنى الكفاية فقط وهذا بخلاف ما ذكرا لانه من لزوم اعتبار حالها وانه عند اعساره دونها فيفرق لقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه انه تجب نفقة الخادم دينا عليه ولو لم يكن للمرأة خادم لا يجب لها النفقة لان استحقاقها الدفع حاجتها وحاجتها الى نفقة الخادم انما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال والغازي اذا شهد الوقعة لا فرس واغنى غنا الفارس لا يسهم له سهم الفرس والله اعلم ولو كانت له اولاد ولا يكفيهم خادم واحد فرض عليه خادمين او اكثر اتفاقا وفي التجنيس امرأة لها مماليك قالت لزوجها انفق علي من مهري فانفق فقالت لا اجعلها من المهر لانك استخدمتهم فما انفق بالمعروف محسوب عليها لانه بامرها قوله ومن اعسر بنفقة امرأته الخ بقولنا قال الزهري وعطاء وابن ليسار والحسن البصري والثوري وابن ابي وابن شبرمة وحماد وابن ابي سليمان رض والظاهرية ومعنى الاستدانة ان تشتري الطعام على ان ليودي الزوج ثمنه وقال الخصاف اشتري بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج وليقول الشافعي قال مالك واحمد في ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وبهذا التفريق فسخ عند الشافعي واحمد طلاق عند مالك ولو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرف في نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ وعن هذا ما ذكر في النهاية حيث قال ثم اعلم ان ظهور العجز عن النفقة انما يكون اذا كان الزوج حاضرا اما اذا غاب غيبة منقطعة ولم تخلف لها نفقة فرفعت الامر الى القاضي فطلبت القاضي الى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة فرق بينهما هل تقع الفرقة قال الشيخ الامام ابو الحسن السغدي نعم اذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الذخيرة في هذا الجواب نظر فالصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر فامضاه جاز قضاؤه والصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في محل اجتهاد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الامام الاستروشني فتكون الشهود علمت مجازفتهم فلا يقضي بها كما ذكر ظهير الدين واعلم ان الفسخ اذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق اثبات عجزه بمعنى فقده وهو ان تتعذر النفقة عليها قال القاضي ابو الطيب من الشافعية اذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ

لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان المعاجلة الى النفقة اقوى وانا ان حقه يبطل وحقها يتاخر والاول اقوى في الضرر هذا كان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتسقط في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

قاله في المحلية وله وجه جيد فلا يلزم مما قال ظهير الدين قوله لانه عجز الخ استدلوا بالمنقول والمعقول اما المنقول فما في سنن النسائي عن ابي هريرة عن النبي عرم وساق الحديث الى ان قال وابدأ بمن تعول فقيل من اعول يا رسول الله قال امرأتك تقول اطعمني والا فارقني خادمك يقول اطعمني واستعملني ولدك يقول الى من تتركني كذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن ايوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن اسلم عن ابي صالح عن ابي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان وقال الدارقطني ثنا ابو بكر الشافعي ثنا محمد بن بشير بن مطر ثنا شيبان بن فروخ ثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن ابي صالح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمني او طلقني الحديث قال الدارقطني حدثنا عثمان بن احمد السماك وعبد الباقي بن قانع واسمعيل بن علي قالوا اخبرنا احمد بن علي الخزاز ثنا اسحق بن ابراهيم الباوردي ثنا اسحق بن منصور ثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهلة عن ابي صالح عن ابي هريرة عنه عرم مثله وقيل سعيد بن منصور في سننه ثنا سفيان عن ابي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ايفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وبذا ينصرف الى سنة عرم وغاية امكون من مراسيل سعيد والشافعي يقول بها وانتم تقولون بالمرسل مطلقا واما المعقول والقياس على الجب والعنة بل اولى لان البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوة وايضا منفعة الجماع مشترك بينهما فاذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص بها اولى وقياسا على المرقوق فانه بيعه اذا اعسر بنفقته قوله ولان المنقول والمعنى اما المنقول وقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة ان تكون دينا في الذمة وقد اعسر بها الزوج فكانت المرأة مامورة بالانتظار بالنص واما المعنى فهو ان في الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفي الزام الانتظار عليها والاستدانة عليه تاخير حقها دينا عليه اذا دار الامر بينهما كان التاخير اولى وبه فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير دينا على الزوج ولا النفقة المملوك تصير دينا على المالك ويحيض المملوكة لان في الزام بيعه ابطال حق السيد الى خلف هو الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على انها لو كانت ام ولد عجز نفقتها لم يفرقها القاضي عليه واما المروي عن سعيد بن المسيب في قوله انه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوي كان زيد بن ثابت يقول المرأة في الارش كالرجل الى ثلث الدية فاذا زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل قال ربيعة عن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثا قال ثلثون من الابل قلت فاقطع اربعا من اصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر لحمها واشتد مصابها قل ارشها قال انها السنة قال الطحاوي لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فمهما قوله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن ابي هريرة موقوفا عليه هذا

مسألة الغريم على الزوج فإذا كانت لا ستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تحبس لها النفقة المؤسر لأن النفقة المؤسر تختلف بحسب اليسار والإعسار وما قضي به تقدير النفقة لم تجب فإذا تبدل حاله لم يلزمه المطالبة بتمام حقها وإذا امتنعت من أن تنفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها لاحتمال أن يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضي لها بنفقة ما مضى لأن النفقة صلة وليست بعوض عن شيء مما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك إلا بقبضه وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي لأن الحق فيه عوض

بعد تسليم صحته والأقدروسي عن سعيد كقولنا فاضطرب المروي عنه فحيل ذكره ابن حزم وابن عبد البر وأما المروي عن أبي هريرة مرفوعا عند النسائي والدارقطني فلا شك في أن رفعه غلط وإنما هو من قول أبي هريرة روى البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة قال قال رسول الله عليه السلام أفضل الصدقة ما ترك غنى وفي لفظ ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول فقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني ويقول العبد أطعمني واستعملني ويقول الولد أطعمني إلى من تدعني قالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبي هريرة فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس في قول أبي هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق فكيف وهو كلام عام منه لا يخص العسر ولا الموسر ولا خلاف أن الموسر إذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل تحبس على أحد الأمرين جميعا وهو الإنفاق فعلى هذا لو سلم أنه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الإرشاد إلى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا مثل واشهدوا إذا تبايعتم يعني ينبغي أن يبدأ بنفقة العيال والأقالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك إذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا وأما ما تقدم من رواية الدارقطني عن أبي هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما ليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث أبي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي ورواية ذكره ابن القطان في الوهم والإيهام قوله أحالة الغريم على الزوج أي وإن لم يرض الزوج وفي التحفة فائدة الأمر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة وبدون الأمر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج بل عليها وهي ترجع على الزوج وهذا لأن الاستدانة إيجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة أخرى وهي أنها لا تسقط بموت أحدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره إن شاء الله تعالى وفي شرح المختار المرأة المعسرة إذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر أو أخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر ويحبس الابن أو الأخ إذا امتنع لأن هذا من المعروف قال شارح الكنز بهذا أن الأداء لنفقتها إذا كان الزوج معسرا وهي معسرة يجب على من كان تجب عليه نفقتها لو لا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لو لا الأب كالأم والأخ والعم ثم يرجع به على الأب قوله ثم لها نفقة اليسار هكذا مشى عليه أيضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بأنه نوع تناقض وإن ما ذكره أول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي ولو كان فرض على قدر حاله أو حالها مقدارا ثم غلا السعر كان لها أن تطالبه بأن تزيد في الفرض ولو كان على قدره كان الزوج أن ينقض قوله وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب لأن النفقة تجب شيئا فشيئا في المستقبل فلا يتقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار ولا نه كان بشرط الإعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله قوله لم ينفق الزوج عليها بأن غاب عنها أو كان حاضرا وامتنع والحاصل أن نفقتها لا تثبت دينا في ذمته إلا بقضاء القاضي بفرض أو اصطلاحهما على مقدار فإنه تثبت ذلك المقدار في ذمته دينا إذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد وفي رواية أخرى وهو قول مالك والشافعي يصير دينا عليه إلا إذا كانت أكلت معه لبعد الفرض فإنها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي في الأصح قوله لأنها صلة أي من وجه قوله ليست بعوض أي من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه

وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا مات الزوجة لان النفقة صلة والصلة تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رح تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض حبس فصار كسائر الديون وجوابه قلنا بنياه وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف وقال محمد رح يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رح وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استوجبت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل لا باستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي يبطل بالعزل ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لاتمام حكمها كالمال في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يضمن شيئا منها بالاجماع ومن محمد رح انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شيء لانه يسير فصار في حكم الحال واذا زوج العبد

وذلك لانها جزاء الاحتباس فمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح امر المعيشة والاستيناس هي عوض ومن حيث الاوجب على الكتاب ومن حيث انه للاقامة حق الشرع وامور مشتركة كاعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد المتعلم التكاليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار انها عوض قلنا تثبت اذا قضى بها او اصطلحا لان ولاية على نفسه اعلى من ولاية القاضي عليه ولاعتبار انها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر في الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط فكانه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بمعنى يسير من الزمان لما تمكنت من الاخذ اصلا وهذا حق وقدمنا الوجه وقوله في الكتاب فلا يتحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ما علمنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على تردد بين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة في وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ومن ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد فاقام البينة لا نفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقائل ان يقول ينبغي ان تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والا فلا يخفى ما فيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة لحبسها قوله

وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت نفقة هذا التقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتها فاطلقه فشمل ما اذا كان امرا بالاستدانة اولم يامر بها خلافا لقول الخصاف والصحيح ما ذكره الحاكم الشهيد انه اذا كان امرا بالاستدانة لا تسقط بالموت لان الاستدانة بامر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها له وهو القاضي فكان كاستدانته بنفسه فلا يسقط بموت احدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط قوله لان النفقة صلة والصلة تبطل بالموت فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه موكدا للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي ان يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تاكد هذه الصلة فقصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا اثر الموت في سقوطه لسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان الباقي من البطالة الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو الامر بالاستدانة وفي حال الحياة لم تبطل الاهلية فيستحكم بمجرد التاكد بالقضاء بها فرع ابرأ الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابرأ قبل الوجوب وان كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صح في الشهر الاول فقط وكذا لو قالت ابرأتك من نفقة سنة لا يلزم الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا فرض كذا كل شهر فانما فرض منها ما تجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لم يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الابراء عنها ولو ابرأته بعد ما مضى اشهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وعن شهر فيما يستقبل قوله وما بقي للزوج فتركه وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولها والموت والطلاق قبل الدخول سواء وفي نفقة المطلقة اذا مات الزوج اختلفوا فقيل ترد وقيل لا ترد بالاتفاق لان العدة قائمة في موته كذا في الاقضية قوله ولا رجوع في الصلات بعد الموت بخلاف القاضي ونحوه لان تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر ان يوخذ منه ويعطى لمن يلي بعده من الخلفاء قوله وعن محمد وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر وما دونه فلهذا وضعها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد وكذا لو قبضت نفقة اشهر فمات احدهما والباقي شهر فاقل

فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يقول لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة ولو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحرة امة فهو اهما مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يستخدمها لان النفقة لها لعدم الاحتباس والتبوية ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوية سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوية غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها كما لا يسقط النفقة لانه لم يستخدمها لكون استردادا او المدبرة وام الولد في هذا كالامة **فصل** وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى

لا يرجع بشيء وفي الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة النكاح فلو فرض لها نفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد وهل يقاس على الموت قال الحلواني فيه كلام وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال المختار عندي لا تسقط **قوله** فنفقتها دين عليه اي اذا قضى القاضي بها فيباع فيها فاذا اشتراه من علم به اولم يعلم ثم علم فرضي فظهر السبب في حقه ايضا فاذا اجتمعت عليه النفقة مرة اخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشتري الثالث ولم جرا ولا يباع مرة بعد اخرى الا في دين النفقة لانها تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري فاما اذا لم يعلم المشتري بحاله او علم بعد الشراء اولم يرض فله رده لانه عيب اطلع عليه **قوله** باذن المولى لانه لو كان بغير اذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة ولو دخل بها طالب بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى شيء لفوات محل الاستيفاء ولو كان مدبرا او مكاتبا او ولد ام ولد لا يباع في النفقة لعدم جواز البيع الا ان المكاتب اذا عجز يباع حينئذ لانه حر قبل النقل هذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لان امه ان كانت امة فالولد عبد لمولاها فنفقته على المولى وان كانت حرة فولده حر ولا تجب نفقة حر على مملوك وعلى هذا سواء لان ولده اجنبي منه وكذا المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة او امة لهذا المعنى وان كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها حتى كان كسب الولد لها وكذا ارش الجناية عليه **قوله** في الصحيح احتراز عما عن الكرخي يقتل اي قيمته لانها خلفه قال الشيخ ابو الحسن القدوري هذا ليس بصحيح لان النفقة تسقط بالموت لانها في معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقام مقام الرقبة في دين لا يسقط بالموت **قوله** وان تزوج الحرة امة قيد الحرة اتفاقي لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل التبوية وانما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بالطريق الاولى فانه فاذا لم تجب على الحر الذي هو اهل في اهليته وجوب المال عليه فيلزم ان لا يجب على ما ذكر **قوله** لعدم الاحتباس اي من الزوج والمنع من السيد والنفقة لا تثبت سببه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها نفسه لحقها كالمهر فان فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك **قوله** والتبوية غير لازمة على ما مر في النكاح في باب نكاح الرقيق ولا شك ان حق الاستخدام تجدد والمنافع التي تتجدد على ملكه فاذا ابوا ما فقد ترك حقه ما دام لم يسترد ها واسترداد ها بعد ذلك ليس مرجوعا فيما سقط بل طلب حقه فيما يستقبل او الحال ولذلك لو كان له ان يؤاجرها ثم لم يسترد ها ثم مؤاجرا ثم لم يسترد ها ولم جبر انكلما استرد ها سقطت فاذا رجع فهو اتيا وجبت ولو خدمت المولى احيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لانه لم تبطل التبوية بذلك لعدم الاسترداد **قوله** والمدبرة وام الولد في هذا اي في وجوب النفقة على الزوج لشرط التبوية كالامة ولم يذكر معها المكاتبة لانها في استحقاق النفقة اذا تزوجت باذن المولى كالحرة لاختصاصها بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة **فصل** **قوله** ليس فيها احد من اهله واما امته فقيل ايضا لا يسكنها معها الا برضاها والمختار ان له ذلك لانه يحتاج الى استخدامها في كل وقت فاذا افسدها في بيت لا يتمكن من ذلك غيره انه لا يطأها بحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا

مقرونا بالنفقة واذا وجب حقها ليس له ان يشترى غيرها فيه كما ليس له ان يتصرف به فانها كالامانة على متاعها ومنعها من المعاشرة مع وجود من
الزوج متاع ان كان يحتاج لها فان رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها بالبناء واسكنها في بيت من الدار
مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها ولدها من غيره واهلها من الدخول عليها كما ان المنزل ملكه فله
حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت شاءوا في المباينة من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنع
من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في الثبات وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين
ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله ملك يد رجل

بحضرة الضرة قوله مقرونا بالنفقة في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فان المراد النفقة عليهن من وجدكم وكذلك
قرأ ابن مسعود والسكنى بالملك او الاجارة والعارية وجبة اجماعا قوله ليس له ان يسكنها معها قيل الا ان يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله
اسكانه معها قوله ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها اقتصر على الغلق فافاد انه وان كان الخلاء مشتركا بينهما بان يكون
له غلق يخصه ليس لها ان تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضي الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال والاعم
من كون المراد من كون الخلاء مشتركا بينه وبين غير الاجانب والذين في شرح المختار ولو كانت في الدار بيوت وابت ان تسكن مع ضرتها
او مع احد من اهله ان اخلا لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها ان تطالب بيتا ولو تسكت انه ليضربها او يؤذيها ان علم القاضي
ذلك زجره وان لم يعلم سأل من جيرانه فان لم يوثق بهم وكانوا يميلون اليه اسكنها بين اقوام اخيار يعتمد القاضي على خبرهم قوله لما فيه
اي المنع من المكالمة من قطيعة الرحم في الصحيح لا يدخل الجنة قاطع رحم وفيه من حديث ابي هريرة قال عزم الرحم شجنة من الرحمن قال الله تعالى
من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته الشجنة بكسر الشين وضمها قال ابو عبيدة قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي يعني بالشجنة
الوصلة قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول اليها في كل جمعة ظاهر الخلاصة ان في كل جمعة تتصل بكل من خبر وجهاد وخوله
فانه قال في الفتاوى للزوج ان يضرب المرأة على اربع خصال وما هو في معنى الاربع ترك الزينة والخروج بريدا وترك الاجابة اذا
دعاها الى فراشه وترك الصلوة في رواية والغسل والخروج من البيت اما لا تمنع من زيارة الابوين في كل جمعة وفي زيارة
غيرهما من المحارم في كل سنة وكذا اذا اراد ابوها او قرينها ان يجيء اليها على هذا الجمعة والسنة انتهى وقوله وهو الصحيح احتراز عما ذهب اليه
ابن مقاتل من انه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر وعن ابي يوسف في النوادر تقييد خروجها بان لا يقدر على اتيانها فان كانا يقدران على اتيانها
لا تذهب وهو حسن فان بعض النساء لا يشق عليها مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فيمنع وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج
اليهما وقد اشار الى نقله في شرح المختار والحق الاخذ بقول ابي يوسف اذا كان الابوان بالصفة التي ذكرت وان لم يكونا كذلك ينبغي
ان ياذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف اما في كل جمعة فهو بعيد فان في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا
اذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيئات بخلاف خروج الابوين فانه اليسر ولو كان ابوها زمنا مثلا وهو يحتاج الى خدمتها
والزوج يمنعها من تعاهده فعليها ان توجه مسلما كان الاب او كافرا وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة او ضاربة او كان لو احبس
على آخر او لآخر عليها تصير متبرجة بلا اذن وبغير الاذن وخروجها الى الحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن
لها ولا تخرج ولو اذن وخرجت كان عاصيين وتمنع من الحمام فان ارادت ان تخرج الى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك
فان وقعت لها نازلة ان سأل الزوج من العالم واخبرها بذلك لا يسعها الخروج وان امتنع من السؤال يسعها ان تخرج بغير رضاه
وان لم يقع لها نازلة لكن ارادت ان تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلوة وان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر يسعها له
ان يمنعها والاولى ان لا يحفظ ان ياذن لها احيانا وان لم ياذن فلا شيء عليه ولا يسعها الخروج ما لم تقع لها نازلة وفي الفتاوى في
باب القراءة المرأة قيل ان لقيض صرما لها ان تخرج في حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان اعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذنه

يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه ولو لم يعلم القاضي ذلك ولم يعترف به لأنه لما أقر بالزوجية والوديعة تقرر أن حقا لا حق له لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه وقول صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فإنه لو أنكر لا حق لا يقبل بينة المرأة فيه لأن الودع ليس بخصم في إثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في إثبات حقوق الغائب

الزوج والاستمتاع فرج عبدا خصيا كان أو فحلا وكذا البوبا المجوسي والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثمانية عشر أو اثنى عشر سنة ولا تكون المرأة محرما للمرأة ويحيث أبحنا لها الخروج فإنما يباح بشرط عدم الريبة وتغير الهيئة إلى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالف فيه قاضي خان قال في فصل الحمام من قاده إلى دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالدين الوليد دخل حمام حمص لكن إنما يباح إذا لم يكن فيه النساء مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله للعلم بأن كثيرا منهن مكشوف العورة وقد وردت أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لو يدل قول الفقيه منها في النسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام الا بمئزر ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام وعن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء أمتي رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد وورد استثناء النفساء والمريضة رواه أبو داود وابن ماجة عن ابن عمر رضي الله عنهما عن عمر قال ستفتح عليكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلها الرجال الا بالأزر وامنعوها النساء الا مريضة أو نفساء رواه أبو داود وابن ماجة وفي مسندهما عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الافريقي وهو مختلف فيه قال أحمد ليس بشيء وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذري وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء وكان يقوى أمره ويقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطني ليس بالقوي وهو ثقة يحيى بن سعيد وروى عباس عن يحيى بن معين ليس به بأس وقال أبو داود وقلت لأحمد بن صالح أيحتج به يعني عبد الرحمن بن زياد فقال نعم قوله ليعترف به وبالزوجية في حق المزوجة كان ينبغي أن يزيد قوله وتنسب في الولد والدلالة رتب على ما ذكره من الاعتراف قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا إذا علم القاضي ذلك لأنه كلا الأمرين إما يلزم أحدهما احتاج في القضاء بالدفع إليهم إلى إقرار من عنده أو عليه في الصحيح دون البينة قوله واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فإنه أولى أن يقبل إقراره على نفسه بثبوت حق الأخذ لها مما في يده أو عليه إذا كان دينا وذلك لأنه لا طريق إلى إثبات حق الأخذ لها مما في يده أو عليه إذا كان دينا الا الاعتراف بخلاف غيره فإن الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ولا سيما مركب من لا النافية للجنس ومنفيها وهي مبنية على ما يرفع به قال الشاعر ○ فلا لغو فيها ولا تأثم ○ أي مثل ولا سيئة وهو واحد سيآن من قولك هما سيان أي واحد سوى وطيء الواو ياء وإدغامها بعد كسرة أو لاجتماعهما مع الياء وسبق أحدهما بالسكون فإن جررت ما بعدها أكدت مثلا في قولك أكرم بني التميم لا سيما زيد ضعيف الرأي بما زائدة مهيئة كقوله ○ ربما أوفيت في علم ○ كما حتى وإن أفردتها وأردت الذي ورددت إليه وإن رفعته فيما إن سيا يضاف إلى ما وهو موصول اسمي محذوف صدر صلته والتقدير لا مثل الذي هو زيد وجاز كونه مضافا مع أن أعم لا يجب كونه نكرة لأنه بمعنى مثل ومثل لا يتعرف بالإضافة وخبر لا محذوف وإذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الأصل في الجر بالزيادة بين المضاف والمضاف إليه وفي الرفع بحذف صدر صلة الموصول وهو إنما يقاس إذا طالت الصلة وآثار المحققون الجر على الرفع لأن زيادة ما أو مع من حذف المبتدأ مع ما ينضم إليه من كونه في خصوص ذلك الموضع وقد يقال زيادة ما في نفسه كثير ولكن بين المتضايفين ممنوع

فإذا أنفق من مشتركة للغائب فكذا إذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وقد ذكرناه إذا كان المال من جنس حقهم دراهم أو دنانير أو طعاما أو كسوة من جنس حقهم أما إذا كان من خلاف جنسه أو من جنس حقهم فيه لا يحكم إلى القاضي لأن القاضي لا يقدر على بيعه لأنه ليس له ولاية على الحاضر وكذا على الغائب ما لم يعلم أن كل القاضي على الغائب لا يتضمن على الغائب لأنه لا يدين ممتنعا فيه نظر للغائب لأنه ربما يستوفي بعض نفقته أو طلقها الزوج وانقضت عدتها قرئين بين هذا وبين الميراث إذا قسم بين ورثته حضور بالمدينة وما يقبضونه أنفقوا الورثة حيث لا يرجع منهم الكفيل على أحد بما أنفق عليها لأن هذا لا يكون إلا بقول وهنا معلوم وهو الزوج وقد غلبها بالقضاء نفقة فقد للغائب قال ولا يقضي بنفقة زمان مضى على الغائب لأن الزوج هو الذي قصد بالمنع فلا يكون له أن يأخذ من مال الغائب قضاء لما مضى إلا أن يكون قد أنفق عليها بأمر القاضي فحينئذ يرجع لأنه أدى بأمره ما لزمه أداؤه عن الغائب فكان قضاء له لأنه لم يأمره بالإنفاق إلا لعلمه بأن الغائب لا يرضى بسقوط نفقتها عنه فكان الأمر بالإنفاق أمرا بالاستدانة عليه وإن لم يكن له مال ظاهر فاقامت البينة على الزوجية وأنه غائب عنها وأنه لم يترك لها نفقة ولا مالا ظاهرا ولا دينا ظاهرا على أحد وأنها استدانت على الغائب فإن القاضي يفرض النفقة عليه ويأمرها بالاستدانة ليقضي القاضي بذلك لأن في ذلك قضاء على الغائب قال ويفرض نفقة الأبوين والولد الصغار والإناث والزمنى على الغائب لأن في ذلك نظرا لهم ولا نظر لها في ترك الإنفاق على الغائب فإنه لو حضر وسئل فيما أخذ منها فقال أخذت حقي أو أن جحد يحلف ولو كان قد مضت سنون فإن أقامت بينة أنها كانت تأخذ النفقة منه في كل شهر أو في كل سنة أخذت حقها وإن أقامت بينة أنه قد أنفق عليها في بعض الشهور أو السنين وهي تجحد ذلك فالقول قولها مع يمينها لأن الظاهر شاهد لها فإن أقامت بينة أنه أنفق عليها في بعض الشهور أو السنين أخذت حقها فقط إن حلفت لأن الظاهر شاهد لها وإن نكلت فق

فصل واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي رح لا نفقة للمبتوتة لا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعد قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطء واما البائن فزوجة قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة ولانه لا مال له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا نرعاه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا

بحالها كفى نفقة عدتها كل شهر لان العدة من احكام النكاح

فصل قوله وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة وهي المطلقة ثلثا والمختلعة او لا مبتوتة عنده بغير ذلك الا ان تكون حاملا فان في بطنها ولده وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم ان ابا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فارسل اليه وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وامرها ان تعتد في بيت ام شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها اصحابي اعتدي عند ابن ام مكتوم فانه رجل اعمى تضعين ثيابك فاذا حللت فاذنيني قالت فلما حللت ذكرت له ان معاوية بن ابي سفيان وابا جهم خطباني فقال صلى الله عليه وسلم اما ابو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي اسامة بن زيد فكرهته فقال انكحي اسامة بن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به واخرجه مسلم ايضا وقال فيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه ايضا وقال فيه ان ابا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن ابي طالب رض فارسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقتها وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على انه اوقع واحدة هي تمام الثلاث وامرها الحارث بن هشام وعياش بن ابي ربيعة بنفقة فسخطها فقالا والله ليس لك نفقة الا ان تكوني حاملا فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك زاد ابو داود وفي هذا انا سنا ومسلم عقيب قول عياش بن ابي ربيعة والحارث بن هشام ولا نفقة لك الا ان تكوني حاملا وفي شرح الكنز نسبته الى مسلم لكن الحق خلافه وهو في رواية لمسلم ان ابا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها اهله ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد في نفر فقالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة الحديث والجواب ان شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والتحقيق في هذا الحديث عند كل من هذه الامور اما طعن السلف فقد طعن عليها فيه اكابر الصحابة ممن سنذكره مع انه ليس من عادتهم الطعن لسبب كون الراوي امرأة ولكون الراوي اعرابيا فقد قبلوا حديث فريعة بنت مالك بن سنان اخت ابي سعيد في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها مع انها لا تعرف الا في هذا الخبر بخلاف فاطمة بنت قيس فانها تعرف وذلك الخبر يخبر الرجال حفظته مع طوله ووعثته واوته ثم قد ظهر لها من النفقة ما افاد علما وجلالة وقد رووها في صحيح مسلم من ان مروان ارسل اليها قبيصة بن ابي ذويب ليسألها عن الحديث فحدثت به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امرأة سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها فقالت لقبيصة بيني وبينك القرآن قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة الى قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فاي امر يحدث بعد ذلك فكيف يقولون لا نفقة لها ايضا الم تكن حاملا فعلام تحبسونها وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلابي وحده وهو اعرابي فخبرنا ان رد عمر وغيره بخبرها ليس الا لما علموه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا له وقد استقر الحال عليه لبعد وفاته عوم بين السلف الى ان روت فاطمة رض هذا الخبر مع ان عمر رض لما رده صرح بالرواية بخلافه ففي صحيح مسلم عن ابي اسحق قال كنت مع الاسود بن يزيد جالسا في المسجد الاعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فاخذ الاسود كفا من حصى فحصبه به وقال ويلك تحدث بمثل هذا قال عمر لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري حفظت ام نسيت لها السكنى والنفقة قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة فقد اخبر ان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لها النفقة والسكنى

ولا حتباس فاسهن حق يكبر مقصر به فكلام وهو الولد اذا لعرف داعية لصيانة الولد تجب النفقة ولهن كان لها السكنى كما مر وصلا وهذا حاصل وحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قال لان لم تكن ثبتت سنة بينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سنة رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة ثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده الشافعي بن ثابت رضي الله عنه وأسامة بن زيد وجابر رضي الله عنهم وكفقة فتوى فيما زعمتا كان يستباسا ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان الستر بين عباده منها

ولا يخفى ان قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف اذا كان تلك عمر رضي الله عنه وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلث النفقة والسكنى وقضاء ما رأيتها ان تعارض روايتها بروايته فاي الروايتين يجب تقديمها وقال سعيد بن منصور ثنا معاوية بن هشام ثنا الاعمش عن ابراهيم قال كان عمر رضي الله عنه اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا لندع في ديننا شهادة امرأة فهذا شاهد ان كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فنزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والنفقة اذا شذ لا يقبل ما شذ فيه ويصح بهذا ما في مسلم من قول مروان سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها والناس اذ ذاك هم الصحابة فهذا في المعنى حكاية اجماع اذ ووصفه بالعصمة وفي الصحيحين عن عروة انه قال لعائشة الم تري الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بئس ما صنعت قلت الم تسمعي الى قول فاطمة فقالت اما انه لا خير لها في ذكر ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت عائشة اعلم باحوال النساء فقد كن يأتين الى منزلها ويستفتين عنه عروة وكثر وتكرر وفي صحيح البخاري عن عائشة انما قالت لفاطمة الا تتقي الله تعالى يعني في قولها لا سكنى ولا نفقة وقال القاضي اسمعيل ثنا نصر بن علي حدثني ابي عن هارون عن محمد بن اسحق قال اخبرني عن محمد بن ابراهيم عن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس انما اخرجك هذا اللسان يعني انها استطالت على احمائها وكثر الشر بينهم فاخرجها عم لذلك وليقيد بثبوته عن عائشة رضي الله عنها ان سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة رضي الله عنها واعظم متبع لاقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ولولا انه علم عنها ما قاله وذلك ما في ابي داود من حديث ميمون بن مهران قال قدمت الدينة فدخلت الى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن ام مكتوم وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فانه لم يكن لينسب الى صحابية ذلك من عند نفسه كذلك هو والله اعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال خروج فاطمة انما كان عن سوء الخلق رواه ابو داود في سننه عنه وممن روى زوجها اسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثني الليث بن سعد حدثني جعفر عن ابي هريرة عن ابي سلمة بن عبد الرحمن قال كان محمد بن اسامة بن زيد يقول كان اسامة اذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك يعني من انتقالها في عدتها ما بها في يده انتهى فهذا صريح انه هو الذي امرها بالرجوع الى منزل ابن ام مكتوم وكان اعرف بالمكان الذي نقلها عنه الى منزل حين بني بها فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه بان ذلك غلط منها او لعلمه بخصوص سبب جوز انتقالها من اللسن وخفيفة المكان فقد جاء ذلك ايضا ولم يظفر الخرج بحديث اسامة فاستقره والله اعلم وقال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب انا ابا سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال فانكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل ان تحل وفي معجم الطبراني بسنده عن ابراهيم ان ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قالا المطلقة ثلثا لها السكنى والنفقة واخرج الدارقطني عن حرب بن ابي العالية عن ابي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلثا لها السكنى والنفقة قال عبد الحق انما يؤخذ من حديث ابي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع او كان عن الليث عن ابي الزبير وحرب بن ابي العالية ايضا لاحتج به فضعف ابن المعين والاشبه وقفه على جابر وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه بردود قول من ذكر ابن جابر اغلط قول فاطمة وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن واما بيان الاضطراب فقد وقعت في بعض الروايات انه طلقها وهو غائب وفي بعضها طلقها ثم سافر وفي بعض الروايات انها ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي بعضها ان خالد بن الوليد ذهب في نفر فسألوه عنها وفي بعض الروايات سمى الزوج ابا عمرو بن حفص وفي

الا ترى ان معنى التعريف عن براءة الرحم ليس مراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلو جب نفقتها عليه وكان النفقة تجب شيئا فشيئا لا ملك له بعد وجوبه فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة كذا في جامع قاضيخان من قبل الزوج بمعصية مثل ردته وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها سلمت حابسة فصار كما اذا كانت ناشزة

بعضها ابا حفص بن المنيرة والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث ومن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين ابن المسيب شريح والشعبي والحسن بن حي والاسود بن يزيد ومن بعدهم الثوري واحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم فان قيل فهذا العذر تقدير ثبوته انما اسقط ذلك السكنى والحال انه هو قال لها لا نفقة لك ولا سكنى قلنا ليس علينا لو لا ان نشتغل ببيان العذر عارضت بل يكفي ما ذكرنا من انه شاذ خالف ما كان الناس عليه ولم يعمل به في تركه كائنا ما كان في نفسه ما كان الا ان الاشتغال بذلك حسن حملا للمروي بها على الصحة ونقول فيه ان السكنى كان لما سمعت واما عدم النفقة فلان زوجها كان غائبا ولم يترك مالا عند احد سوى الشعير الذي بعث به اليها فطالبت هي اهله على ما في مسلم من طريق انه طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها اهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال عمر لها لا نفقة لك ولا سكنى على تقدير صحته لانه لم يخلف مالا عند احد وليس يجب لك على اهله شيء فلا نفقة لك على احد بالضرورة فلم تفهم هي الغرض عنه عمر فجعلت تروي نفي النفقة مطلقا فخرق انكار الناس عليها ثم ان في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد علم ان المراد وانفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة ابن مسعود والمروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له وهذه الآية انما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولو كانت الآية في غير المطلقات او في الرجعيات كان التقدير اسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم فانفقوا عليهن من وجدكم وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومعلوم انه لا معنى ح يجعل غاية ايجاب الانفاق عليها الوضع فان النفقة واجبة لها مطلقا حاملا كانت او لا وضعت حملها او لا بخلاف ما اذا كانت في البوائن فان فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل في تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار على قدر ثلث حيض او ثلاثة اشهر وكذا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة فانه عام في المطلقات وقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف يرجع الى الرجعيات منهن وذلك حكم خاص ببعض ما تناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر قوله الا ترى ان معنى التعريف عن براءة الرحم ليس مراعى فيها استيضاح على ان وجوبها لحق الشرع عادة فانها لو لم تحض فيها انقضت العدة مالم يظهر حمل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ويعارض ذلك انقضاؤها اذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة وانت اذا امعنت النظر فيما ذكرنا في باب العدة في مسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع اليه واتقنه قوله وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية احترز به عما يجيء من قبل الزوج مطلقا وعما يجيء من قبلها بغير معصية فان لها النفقة فيها والحاصل ان الفرقة اما من قبله او قبلها ففي الاول لها النفقة مطلقا سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة لطلاقه او لعنانه او عنته او جبه بعد الخلوة والتمكين على ايجاب النفقة للعلة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث من انه عم لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه او بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته او ابائه مع عدم فيه حتى مضت اربعة اشهر او ابائه الاسلام اذا اسلمت هي او ارتد هو فعرض عليه الاسلام فلم يسلم لان معصيته لا توجب النفقة واما الثاني فاما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج او ابائها اذا اسلم هو وهي وثنية او مجوسية ورد تها فلا تجب لها نفقة لانها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة واما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة

بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجب للتسليم فحق للمولى والردة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين لان المرتدة محبوسة شرعا تشوبه والنفقة للمحبوسة والممكنة كالمحبوس فلا يلزم الفرق

وطئه ابن الزوج لها مكرهة يجب لانها حبست نفسها بحق لها او عذرت شرعا فيه ولها السكنى في جميع الصور لان القرار في منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها اما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطها بمعصيتها **قوله** بخلاف المهر بعد الدخول يعني انه يجب لها وان جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب لها وهو تسليم نفسها وتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية **قوله** وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها لا لعين الردة منا لان الفرقة لم يجئ السبب فيها من التمكين منا لان الزوج بعد الطلاق الثلاث سواء فكما لا تسقط النفقة بالتمكين منا لا تسقط النفقة بالتمكين منها لا تسقط بالردة فانما تسقط في حق الردة اذا خرجت وحبست اذ لا نفقة للمحبوسة كما اشار اليه المصنف في التعليل او اذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج لعدم الردة كان لها النفقة ولو حبست او لحقت فعادت الى الاسلام فرجعت الى بيتها عاد استحقاقها للنفقة وما ذكر في الجامع من قوله ولو عادت الى بيتها مسلمة او مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق يخالفه ما ذكر في الذخيرة لو عادت الى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى ووفق بحمل الذكور في الجامع على ما اذا حكم بلحاقها وما في الذخيرة على ما قبل الحكم به بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة فانها لو اسلمت وعادت الى منزله لا تجب لها نفقة لانها المعوضة لملك النكاح وهو لا يعود بعودها الى المنزل مسلمة ولو كان تمكينها وزوجها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي وفي شرح الطحاوي الاصل ان كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت الى حال لا نفقة لها اليوم طلقت فليس لها نفقة ابدا فلو طلق الامة بائنا وكانت مبوأة معه بيتا فخرجها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان اخذها الى بيت الزوج تاخذ النفقة ولو لم يكن لها المولى فطلقت فاراد ان يبوأها مع الزوج في العدة وتاخذ نفقتها لا تجب النفقة واورد عليه ما لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل في العدة فانه يعود نفقتها واجيب بان النفقة كانت واجبة الا انها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها ان تعود فتاخذ وبهذا لا يدفع الوارد على لفظ الاصل المذكور ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الايائس فتعتد ثلاثة اشهر وعن هذا قلنا لو صالح المعتدة على نفقة العدة بشيء معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها معلومة وان كانت بالحيض لا يجوز لانها مجهولة لاحتمال ان يموت الطهر بها واذا لم تطالب المعتدة بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالميتة في العصمة الا ان يكون مفروضة ولو ابرأته عن النفقة في المستقبل وهي زوجته لم يصح ولو ابرأته عنها في عقد الخلع صح لان الابراء في الخلع ابراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز واما الاول فالابراء اسقاط واسقاط الشيء قبل وجوبه لا يجوز ثم القول قول المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت اوعست حبلا وانفق عليها الى سنتين فان قالت بعدهما كنت اعتقدته حبلا فظهر انه ليس اياه وانا حائل لم تحض وقال بل اوعيت الحبل كذبا وظهر كذلك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضي الى قول ويامره بالانفاق حتى تحيض ثلاث حيض او تدخل في سن الايائس فتعتد ثلاثة اشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها الى ثلثة اشهر وقال الفضلي لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف حالها للاحتمال

فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة

جملها فينفق عليها حتى تنقضي عدتها كذا ذكر هذا الفرع بعضهم وفي الخلاصة عدة الصغيرة ثلثة اشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هذا في المحيط انتهى من غير ذكر خلاف وهو حسن فيما رجل غاب فتزوجت امراته بآخر ودخل بها الزوج الثاني فحضر الزوج الاول فرق بينها وبين الثاني ولا نفقة على الزوج الاول حتى تنقضي عدة الثاني وان طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثاني ما دامت في حق الثاني فاذا انقضت عدة الثاني تجب ولو تزوجت المعتدة دخل بها او جها لا تجب نفقة العدة على الزوج كذا في الاقضية وفي الفتاوى قال تجب على الزوج الاول هكذا ذكر في المحيط وتاويله اذا تزوجت في بيت العدة اما اذا خرجت فلا والله سبحانه اعلم

فصل قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب اما غني او فقير والاولاد اما صغار او كبار فالاقسام اربعة الاول ان يكون الاب غنيا والاولاد كبارا فاما الاناث او ذكور فالاناث عليه نفقتهن الى ان تتزوج ان لم يكن لهن مال اذ ليس لهن ان يواجرهن في عمل او لا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب الذكور اما عاجزون عن الكسب لزمانة او اعمى او شلل او ذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من ابنائه الكرام لا يجد من يستاجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب نفقتهم على آبائهم قال الحلواني وبه ايت في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها احد على الاطلاق في الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كما سياتي وان لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم اثناني ان يكون الاب غنيا وهم صغار فاما ان يكون بهم مال او لا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى ان يبلغ الذكور حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب ان يواجره وينفق عليه من اجرته وليس له في الانثى ذلك فلو كان الاب معسرا يدفع كسب الابن الى امين كما في سائر الاملاك وان كان لهم مال فاما حاضر او غائب فان كان حاضرا فنفقتهم في مالهم لا يجب على الاب شيء منها وان كان غائبا وجبت على الاب فان اراد ان يرجع بما لهم ينفق باذن القاضي في ذلك فلو انفق بلا امره ليس له الرجوع في الحكم الا ان يكون اشهد انه انفق ليرجع ولو لم يكن اشهد لكن انفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له ان يرجع الثالث ان يكون الاب فقيرا فان كانوا اغنياء وكبارا قادرين فلا اشكال ان نفقته هو عليهم وان كانوا صغارا اغنياء فكذلك ايضا الرابع ان يكونوا فقراء وهم صغار او كبار عاجزون والاب ايضا عاجز عن الكسب فانه يحكم لك الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال لان الاب اذا كان بهذه الصفة فنفقته في بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا في دين ولده وان سفل الا في النفقة لان الامتناع اتلاف النفس ولا يحل للاب ذلك وكذا لو عذا الاب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه الا بقتله حل له قتله واذا لم يقف كسبه بحاجتهم او لم يكتسب بعدم تيسر الكسب انفق عليهم القريب يرجع على الاب اذا تيسر وفي جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال واجداو الا مام او نحال او المعم موسرا يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الاب اذا تيسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له ام موسرة فنفقته عليهما وكذا اذا لم يكن له اب الا ما ترجح في الاول وذكر ابن قدامة عن الائمة الاربعة ممن عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد وام موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة انها على الجد وحده بجعله كالاب وبه قال الشافعي وفي نفقات الشهيد خلع امراته وغاب

عنها فطالبت عمم فعلى الام نفقتهم وعلى الام الثلث اذا كانا موسرين ويكون دينا على الاب يرجعان عليه اذا كان باذن الحاكم قال الناطفي هذا اذا كانت الصبية منقطعة قوله لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وجه الاستدلال انه واجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على هذا الايجاب عليه وهو الولاد لما عرف من ان تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدأ الاشتقاق علة له فاذا وجب النفقة غيره بسببه فوجب نفقة نفسه اولى وبين ثبوت نفقة بطريق اولى تبين ان نفقة الوالدة هي نفقة الولد لان الولد يحتاج اليها في الحضانة التربية والارضاع الى ان الابن الذي هو مؤنة انما يحصل لنا من غذائها فيجاب نفقتها عليه ايجاب نفقته عليه اذ ليست النفقة سوى اخراج ما يحتاج المحتاج اليه كفاية وقد تقدم في الكتاب ما يشير الى نفقة الخادم من نفقة المرأة وان كان بنت نفقة شخص آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى في الخلاصة قال هشام سألت محمدا عن النفقة فقال هي الطعام والكسوة والسكنى ولانه جزء من فكان كنفسه قوله وليس على الام ان ترضعه يعني في الحكم اذا امتنعت وان كانت الزوجة قائمة وهو مقيد بالقيد الذي ذكره قوله وهذا الذي ذكر بيان الحكم لا عدم الجبر بيان الحكم فقط بمعنى انها اذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليه وهو واجب عليها ديانة وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضي عليه اذا امتنعت لان المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع قوله وذلك اي عدم الجبر اذا وجد من ترضعه فاذا لم يوجد او وجد ولم يقبل ثديها غير ابيها جبرت على ارضاعه صيانة له عن الضياع وذكر الحلواني ان ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد قد يتغذى بالدبس والشراب فلا يودي تركها بل يدفعها الى الثقة والى الاول مال القدوري والمرغيناني وهو الاصوب لان قصر الرضيع الذي لم يأنس الطعام على الدبس والشراب سبب تضييعه وموته قوله معناه اذا اراد ذلك لان الجبر لها اي التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما قدم وقد قدمنا من اختيار الفقيهين الهندواني والسمرقندي انها تجبر على الحضانة وفي كلام الحاكم الشهيد ما يفيده مما قدمناه ثم لا يلزم المرضعة ان تحمل في بيت الام الا ان يشترط ذلك بل لها ان ترضعه ثم ترجع الى منزلها فيما لا يستغني عنها فيه من الزمان وتحمل الصبي معها اليه او تقول اخرج فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي الى امه قوله وجه الاول لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا وكذا في المبتوتة في رواية بعد قوله وهذا اي عدم الاستيجار في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم والا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها في الحكم والوجه والبيان بما يكون تاخيرا ذلك وجه للاحتراز الى انه المختار عنده وكذا في ظاهر الرواية القدوري المعتدة في قوله او معتدته وان كان بمقابلة ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم او من عادته تاخير ذكره لوجه القول المختار والحاصل ان قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه في فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع اليه ولهذا وجبت النفقة وامتنع بشهادته المعتدة عن ثلاث او بائن وكذا لا يجوز استيجارها للارضاع قوله وان انقضت عدتها فاستاجرها اعلم ان حاصل كلامهم ان الارضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها والضرر تحقق عند العجز عن ارضاعه اذا لزمت والعجز مبطن فاقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لان امتناعها عن الارضاع مع داعية ضرا لوالدة ظاهر في عجزها عنه فلذا لم تجبر عليه اذا امتنعت فاذا اقدمت عليه بالاجر وهي منكوحته او معتدته عن رجعي او مطلقا على ما هو الاوجه نظير

في جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقته لا تنهان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا

فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا افتقروا وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى ومصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلان لهم من الاباء ولادلاء ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سبب الاحياء فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فالنفقة في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما قلنا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد

عدم تجزيها فتظهر الوجوب عليهما ولا اجسر تستحق في مقابلة فعل الواحد ولا يخفى ان هذا المتن بعينه ثابت فيما اذا استاجرها الارضاع والارضاع بعد انقضاء مدة العقد ومقتضاه ان لا يجوز بعد المدة ايضا كما قبلها وهذا لان الوالدات في قوله تعالى والوالدات يرضعن اعم من البائنات فكان الايجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العقد وفيها وبعدها والمانع من الاخذ الاجرة ولا لاستيجاره الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك بالاقدام على الارضاع باجر وغاية ما يقال ان الارضاع من نفقته وهي على الاب لا الام ويدفع فان هذه النفقة اوجبها الذي له ولاية الايجاب على الام بعد ان اوجب رزقه لما بارا الذي فلم يبق منها سوى الفعل الاختياري واوجب عليها القائمة شبهها وثبوت هذا الايجاب بالنص المذكور اعني يرضعن اولادهن والحق انه اوجب عقيبا ايجاب رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ففي حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم الاجرة مقامه قوله وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصبي مال اذا الحقه يتم جميع اصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان له ذلك فقط فللاب ان يبيعه وينفقه عليه كذا يعطى من اجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة احد الموسرين على الآخر اذا لم يكن لاكتساب في ذلك ليس لاولي ان يوجب نفقة ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها تجب لتعرض الزوج فتقسمها عليه وان كانت غنية واما الولد فنفقته للحاجة لبقاءه اذ فقت حاجة فلا تجب على غيره لنفقة المحارم والله اعلم

فصل قوله وعلى الرجل اي الموسر **قوله** واجداده يدخل فيه الجد لاب والجد لام وان علا وفي جداته لابيه وجداته لامه وان علون وقوله واذا كانوا فقراء يوافق باطلاقه قول الكرخي حيث قال اذا كان الاب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته بخلاف قول الحلواني انه لا يجبر اذا كان الاب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في ايجاب النفقة على الغير واذا كان الابن قادرا على الكسب لا يجب نفقته على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب ان يكتسب الابن وينفق على الاب فالمعتبر في ايجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى في امساكه لنفي الكد والتعب اكثر منه في اتلاف المحرم وبقوله تعالى ولا تقل لهما اف لا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لانه في مقابلة احتباسه اياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضي الغني **قوله** نزلت في الابوين الكافرين بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من اناب الي فرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف وليس من المعروف ان يتركهما مع الجوع والعري ويتقلب هو في النعم الا ان محلها على غير الحربيين فاما الآباء الحربيون وان كانوا مستامنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية فبينها وبين الآية الاولى عموم وخصوص من وجه تعارضا في الابوين الحربيين وتفرد آية المصاحبة من غير الحربيين وآية الانهاء في غير الابوين فتعارضا في الابوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح ولقائل ان يقول النهي انما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين واخراج المسلمين من ديارهم اهل مكة فلا تناول الابوين الحربيين الذين لم يتحقق منهم قتال ولا مظاهرة على اخراج ولا يصح القياس على اهل مكة بجامع كونهم حربا لان الحكم على المجموع من تحقق القتال والاخراج منه ايضا صرح النص لتعميم النفي عنه بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم ومعلوم ان الذين لم يقاتلوا ايضا حربيون **قوله** واما الاجداد والجدات فلانهم

اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها الحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة
وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهما اذا كانوا اجزئيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا
مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم ولذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه
النصراني كان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث وكان القرابة موجبة
للصلة ومع الاتفاق في الدين اكيد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الاكد
العلة المؤكدة فلهذا انفرد قرابة الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره لانه
اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشتمل

من الآباء والامهات كما بيناه انهم يدخلون في اللفظ اعني لفظ الابوين الذي هو مرجع الضمير من صاحبها في الدنيا وفيه نظر فانهم
في مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على ابنائنا حوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ فان اراد اسحاقهم بالقياس فلا حاجة
بل لا ينبغي ان يعلل وجودهم فانهم من الآباء بل يعلل استحقاق الابوين النفقة بتسببهم في وجوده ويلحق بهما الاجداد ويعتبره
في عموم المجاز ومن العجب عدم اعتبارهم اياه في عموم المجاز في الامان ليدخل الاجداد مع ان الامان يحتاط في اثباته وقوله
ولهذا يقوم الجد الخ قياسه مقاسمته في الوراثة وولاية النكاح والتصرف في مال ولد الولد هذا ولو قال انهم من الوالدين والوالدات كان
اقرب لان مرجع ضمير صاحبها الوالدان لا الابوان قوله اما الزوجة الخ عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها انه حيث اضاف ايجاب
النفقة الى العقد قصد اضافه الى العلة البعيدة فان الموثر بالذات هو الاحتباس الخاص على قدسنا قوله فكما لا يمتنع الخ الاحسن
ان يقال فكما يجبر على انفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزئه لان عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل
اخص منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره الحاكم على انفاقه على نفسه محل نظر اما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا امره لمعروف
من ذلك قوله ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم اظهر لبعض صور ذلك الكلي وهو قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا
للزوجة والابوين والاجداد والاجدات والولد وقوله لان النفقة اي نفقة غير الولاد متعلقة بالارث يعني بالقرابة والمحرمية مقيدا
بالارث بالنص وهو قوله تعالى بعد ان قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به ولا ارث
بين المسلم والكافر بخلاف العتق فانه تعلق بالمحرمية لسبب القرابة لا يفيد كونه وارثا بالحديث وهو قوله ع من ملك ذا رحم محرم
منه عتق عليه وسياتي الكلام عليه قوله فاعتبرنا في الاعلى وهو وام ملك اليمين اصل العلة وهو القرابة المحرمة وفي الادنى وهو النفقة
العلة المؤكدة بالتوارث وهذا في الحقيقة ابداء لحكمة الشرع يعني انما شرع سبحانه ايجاب النفقة على القريب مقيدا بالارث و
شرع عتق القريب اذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق وهو ان عدم النفقة قطيعة واستمرار ملك رقبة القريب فوقه في القطيعة فاوجب كونها
بلا موكد بخلاف ما لم يبلغ مبلغه في القطيعة فانه لم يدفعه ح بلا موكدة مما قيل انضابط عندنا الرحم والمحرمية والارث ليس بشرط حتى وجبت
النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم فالحق في الجواب ان ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث وبالخال
كذلك لا من يثبت له ميراث بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة على اخراج الكافر الذمي لانا نقول بل هو
اثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الاصلي لان نفيه مضاف الى اللفظ قوله لان لهما تاويلا
في مال الولد يفيد ان ملكهما بالنص وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وسياتي في باب الوطي الذي
يوجب الحد واخرج اصحاب السنن الاربعة عن عائشة رض قال صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه حسنة الترمذي
فان قيل هذا يقتضي ان له ملكا ناجزا في ماله قلنا نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه البيهقي عنهما مرفوعا ان اولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء اناثا
ويهب لمن يشاء الذكور او هبا لهم لكم اذا احتجتم اليها ومما يقطع بانه موؤل انه تعالى ورث الاب من ابنه السدس مع ولده ولده فلو كان الكل ملكه
لم يكن لغير شئ مع وجوده قوله هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين

والنفقة لكل ذي رحم محرم من صغير فقير أو كبيرة أو زمنة فقيرة وكذا من أحد الأبوين بقدر الإرث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك شرط لابد من الحاجة والصغر والأنوثة والزمانة والعمى مسارة للحاجة لتحقق العجز

كما في الميراث قياسا على نفقة ذوي الأرحام وبه قال الشافعي وأحمد والحق الاستواء فيها التعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لان الوجوب علق فيه بالارث ولهذا يثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث فان كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لاحد على الاصح ويجب التفصيل بين أن يكون للابن مال أو على الكسب فيساره أو لا فيجري فيه الخلاف السابق بين شيخي الأئمة السرخسي وأصحابه وعن أبي يوسف قال إذا كان الأب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الأب إليه ليلا يضيع ولا يخشى هذا هلاك على الولد لان الانسان لا يهلك على نصف طبخة قال الشارح كلوا في بعض بطونكم تعفوا اهـ وفي الفتاوى يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه لا يجبر الأب على نفقة زوجة ابنه وفي تفقات الحاوي قال فيه روايتان في رواية كهما قلنا وفي رواية انما تجب نفقة زوجة الأب إذا كان الأب مريضا أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة أما إذا كان صحيحا فلا قال في المحيط فعلى هذا لا فرق بين الأب والابن فان الابن إذا كان بهذه الشابة يجبر الأب على نفقة خادمه ثم الأصل في نفقة الوالدين والمولودين انه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث وكذا لو كان له أخ شقيق وبنت بنت وان سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وان كان ميراثه لأخيه ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليهما مع اشتراكهما في الميراث وإذا كان للفقير والد وابن ابن موسران فالنفقة على الوالد لانه أقرب وإذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة لان كان الميراث بينهما لقرب البنت فإذا استويا فالنفقة عليهما الا ان يترجح أحدهما بمرجح وهما وارثان وإذا كان له ولد ابن وولد بنت فهما سواء في النفقة وان كان الارث لولد الابن وكذا إذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما والميراث للمسلم فقط لو كان له والد وولد فهو على الولد لاستوائهما في القرب ويترجح الولد باعتبار التأويل ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما للاستواء في القرب وعدم الترجيح الكل من المحيط وإذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس على نفقته وقال الأب انا معسر ذكر في المنتقى ان القول للأب البينة بينة الابن قوله والنفقة لكل ذي رحم محرم اي واجبة يجبر عليها فهو من حذف الخبر لقرينة لامن الاخبار بالجائز والجحد وسيأتي عن الخبر لوجوب تعاقبهما كون المطلق وليس هو كذلك هنا وقال احمد على كل وارث محرما كان أو لا وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالاخوة والاعمام وجهه انه يحمل الاشارة في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لنفي المضار لا الايجاب النفقة فلا يبقى دليلا على ايجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي قلنا نفيها لا يخص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر من الاشارة المقرونة بالكاف فانها بحسب الوضع للبعيد دون القريب وجه قول احمد انه تعالى علقها بالوارث فيفيد المحرمية زيادة قلنا في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراءة المتواترة فان قيل القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة أجيب بأنه جاء شهرتها واستدل على الاطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال قدمت المدينة فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطي العليا ابدأ بمن تعول ابنك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك ومارواه احمد وابو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري قلت يا رسول الله من أبر قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أباك ثم الأقرب فالأقرب قال الترمذي حسن وفي صحيح مسلم فان فضل بن المكشوح فلذوي قرابتك فهذا تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالارث ولا يخفى ان الثاني لا يفيد وجوب النفقة اصلا لانه جواب قول السائل من ابر وهو لا يستلزم كونه سوا الا عن البر المفروض بجواز كونه سوا لا عن الافضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف

بخلاف الاول ويمكن ان يقال ان الايجاب حمل الوارث بالنص لا ينفي ان يجب على غيره بدليل ما يجب على من يقول بفهم العلة
على ان لقائل ان يمنع ان المراد بالوارث ابدا القريب فهو خصوصا على ما يكم وهو ان كل قريب وارث لقوله تعالى وذوي الارحام مع قولكم ان المراد
به بدليه الارث في الجملة حتى قالوا اذا كان له خال وابن عم ان نفقته على خاله ميراثه لابن عمه اللهم الا ان يثبت قولنا فنقطع بان ايجاب النفقة
لوجوب الوصل والقرابة التي لا يفترض وصلها بالنص حال المحرمية بخلاف غيرها لا يفترض وصلها لان التحريم انما يثبت للاصل
وهو الظاهر لان القرابة سبب التحريم في المحرمات من القرابات لان الافراض انما هو وصل ويودي اليه قوله فان القادر على الكسب
في كسبه وقد انه على الكسب تتحقق لصحة البدن بعد كونه بالغا ولهذا اخذ في البالغ الذي يجب نفقته من غير الولاد الزمانة حيث قال و
الابن الزمن البالغ ويصرح بما قلنا ما في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوي الارحام ولا يجبر موسر على نفقة احد من قرابته
اذا كان جلدا صحيحا وان كان لا يقدر على الكسب الا في الولد خاصة وفي الجد انه الا بالزمانة الولد فاني اجبر الولد على نفقة والد كان
صحيحا انتهى وهذا جواب الرواية وهو يشهد قول شمس الائمة السرخسي بخلاف الحلواني على ما قدمناه قوله لان التضييق على الوارث
تنبيه على اعتبار المقدار بطريق انه يفيد علية ما خذا لاشتقاق وهو الارث فيثبت الحكم في محل وجود العلة على قدر وجودها
مثاله اذا كان له اخ شقيق اولاب واخت شقيقة اولاب فالنفقة عليهما اثلاثا على الاخ الثلثان وعلى الاخت الثلث لان
ميراثهما منه كذلك ولو كانا لام وجبت عليهما نصفين كما رثهما ولو كان معهما اخ لابوين اولاب او عصبة آخر فالثلثان على العاصب
ولو كان الاخ لاب واخ لام فالسدس على الاخ لام وخمسة الاسداس على الاخ لاب ابو حنيفة قوله وجه الفرق اي بين نفقة الولد الصغير
والكبير الزمن قوله فاختص بنفقته لانه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه بخلاف البالغ ليس للاب ولاية عليه ليكون في معنى
نفسه فاعتبر كسائر المحارم قوله على الاخوات المتفرقات بان تكون اخت شقيقة واخرى لاب واخرى لام اخماسا ثلثة اخماسها
على الشقيقة وخمس على التي لاب وخمس على التي لام لان ميراثهن منه كذلك بواسطة الرد عليهن قوله غير
ان المعتبر الهية الارث هذا هو الجواب الذي اسلفناه وقد منا تقريره وايضاحه ان حقيقة الوارث غير مرادة فانه لمن قام به الارث
بالفعل وهذا لا يتحقق الا بعد موت من تجب له النفقة والا نفقة بعد الموت فقد درت ارادة الحقيقة فكان المراد من يثبت له ميراث
والحال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية بخلاف ما لو كان له خال وعم اجمعة فان النفقة ح على العم
لاشتراكهما في المحرمية واحراز العم الميراث في الحال لو مات فلو كان العم موسرا وجبت بين العمة والخال اثلاثا على العمة الثلث و
يجعل المعسر كالميت والحاصل ان قوله الاهلية بالميراث لا احترازية فيما اذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم اما اذا ثبتت محرمية
كلهم او بعضهم لاحتراز الميراث في الحال كالخال والعم اذا اجتمعا فانه يعتبر احراز الميراث في الحال وتجب النفقة على العم واذا
اتفقوا في المحرمية والارث في الحال وكان بعضهم عاجزا عن العمل كالمعدوم ومن وجبت عليه الباقين على قدر ارثهم كان ليس معهم غيرهم
قوله ثم الميسار معتبر بالنصاب اي بنصاب الزكوة لما روى عن ابي يوسف وعن محمد روايتان احداهما بما تفضل عن نفقة شهر والاخرى
بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهما وكفيه اربعة دوانيق وجبت عليه الدانقان للقريب ومحمل الروايتين على حالة الانسان

والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب زمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعا في نفقته
جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز في قولهم لا يجوز في ذلك كله وهو القياس لانه ولاية لا تطلق لهما بالبلوغ وليس له ان يمسك جال حضرته ولا يملك البيع
في دين له سوى النفقة وكذا الامساك لانه في النفقة وعند ابي حنيفة رح ان الاب ولاية الحفظ في مال الغائب لانه يرى ان للوصي ذلك فالاب اولى ولهما ان الولاية
المنقطعة من باب الحفظ وكذلك العقار لانه محصنة بنفسها وخلاف غير الابوين لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حال الصغر ولابي حنيفة رح ان الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع
الاب في الثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكل الولاية تخرج لان يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه وان كان
للابن الغائب مال في يد ابويه والنفقة منه لم يضمنا لانهما استوفيا واجبهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقيل اخذ الجنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي
فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لمعلوم ولايته واذا اضمون
كما يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان

ان كان مكتسبا لا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومي وان لم يكن بل له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر فان صار فقيرا ارتفعت نفقتهم
عنده وقال السرخسي الى قول محمد في الكسب فانه علله بان قال لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدى تيسير الاداء وتيسير الاداء مع
اذا كان كسبه يفضل عن نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد ارفق وقال الاوجندي الى قول ابي يوسف قال لان النفقة تجب على المعسر يسرو
نهاية اليسار لا حدها وبداية النصاب فيقدر به وقال في الخلاصة بعد ما نقل انه نصاب الزكوة وبه يفتى واختارها صاحب الهداية
انه نصاب حرمان الصدقة قوله والفتوى على الاول اي على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول ابو يوسف وتقدم تفصيل
النصاب في باب صدقة الفطر الا ان النفقة لما كانت حق الادمي لنفسه تعتبر محضة القدرة عليه لعجزه كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر
حق تجب لله تعالى بسبب الادمي وحقوق الله تعالى يراعى فيها من اليسر ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك منطقا بل اذا لم يكن
كسوبا يعتبر ان يكون له قدر نصاب فاضل لتجب حالية النفقة فاذا انفق ولم يبق له شيء سقطت وان كان كسوبا يعتبر قول محمد وهذا يجب
ان يقبل حالية في الفتوى قوله واذا كان للابن الغائب مال عند ابويه فانفقا منه لم يضمنا لما قدمنا ان كل من يقضي له بالنفقة
عند غيبة من عليه جاز له ان ياخذ اذا قدر بلا قضاء فالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم ان ينفقوه
على انفسهم اذا احتاجوا قوله لقدمنا الوجه فيه عند قوله فيما سبق ولا يقضي بنفقته في مال غائب الا لمولاد وهي قوله ووجه الفرق
ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم ان ياخذوا وان كان قضاء النفقة في حالة الغيبة لهم قوله وان باع العقار لم يجز ولا يجوز
للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيرا او مجنونا ولا يجوز لغير الاب مطلقا قوله لانه ولاية لا لانطاعها بالبلوغ وقرر في النهاية
وجه القياس بان ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبي رشيدا الا فيما يتبعه تحقيقا على الغائب ولا يخفى ان قيد الرشد ليس معتبرا في انقطاع
ولاية الاب فانه اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ما له حتى يؤنس منه الرشد او يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف ومع ذلك لا حجر عليه حتى امكنه
ان يباشر العقود المؤجبة للملك عليه ولذا قالا في جواب ابي حنيفة رح هناك ان منع المال لا يفيد مع فك الحجر لانه تيقنه بلسانه بان يباشر
العقود التي اخبر ما عرف في باب الحجر قوله وكذا الاتهام الامام في نفقتها مع انها مساوية للاب في استحقاق النفقة وكذا ليس القاضي ان يحكم
ببيع عروض ولايته قوله ولابي حنيفة رح حاصله الفرق بين الاب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب دون بيع العروض من
باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه الوصي فلان يملكه الاب اولى لان الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ان لا يكون
له ولاية وغيره ليستفيد ما منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج
الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد او جنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم
يكن للابن بخلاف غير الاب ليس له ولاية الحفظ وليس له البيع لكن نقل في الذخيرة عن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدوري
في شرحه فانه اضاف البيع اليهما فيحتمل ان يكون في المسألة روايتان وجه رواية الاقضية ان وصف الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة
سواء وعلى تقدير الافتراق فتأويله ان الاب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليهما اما بيعهما فسهو لان جواز البيع غير منوط بالولاد
ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ قوله فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن اي في القضا اما فيما بينه وبين الله تعالى لا ضمان

فظهر انه كان متبرعا به واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقتهم لا تجب كاية الحاجة حتى لا تجب يسار قرض جعلت بمعنى المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بمضي الاستغناء بقضاء مضى قال الا باذن القاضي بالاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المدة فصل وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله

عليه ولو مات الناكح حل لان يحلف لورثته انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفي النوادر لو لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانا وقالوا في رقوده في سفر الى عدو احدهم او مات فانفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من اصحاب محمد خرجوا الى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم فلما وصلوا سالهم محمد فذكروا له ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء وكذا في المحيط كتب تلميذ لانسان وانفق في تجهيزه فقيل لانه لم يوجد بذلك فتلا قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا في عبد ماذون مات مولاه في بلاد بعيدة فانفق على نفسه وما معه من الدواب والامتعة لا يضمن وكذا عن مشائخ بلخ في مسجد له اوقاف ولا متولي له فقام رجل من اهل المحلة في جمع ريعها وانفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصير والحشيش لا يضمن استحسانا قوله فظهر الخ يعني اذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه اللابوين حال دفعه لهما فيظهر انه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما قوله فمضت مدة سقطت هذا اذا طالت المدة فاما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضي مامور بالقضاء ولو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كلما مضى يسقط لم يكن استيفاء شيء ومثل هذا قدمناه في غير المفروضة من نفقة الزوجات قوله لان نفقته هو لا يجب للحاجة وعن هذا ما قدمنا من انه لو اعطاهم نفقة او كسوة فسرقت او هلكت كان عليه اخرى لان الحاجة لم تندفع بما سرق ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة ليس عليه اخرى حتى تقضي مدة تلك النفقة والكسوة لانها للزوجة ليست شرعا لحاجتها بل لاحتباسها في تلك المدة وبالتلف قبل مضي تلك المدة لم ينتف الاحتياض عنها قوله الا ان ياذن القاضي بالاستدانة فلا تسقط وان كان في نفقة ذوي الارحام لما ذكر في الكتاب واذكر في زكوة الجامع ان دين نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكوة لان له مطالبا من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات والاقارب اختلفوا فيه قيل محمله في نفقة الاقارب ما اذا اذن القاضي في الاستدانة واستدانوا حتى احتاجوا الى وقاية الدين اما اذا لم يستدينوا بل اكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا والى هذا مال الاسبيجابي وحكم به كثير من القضاة المتاخرين ونصروه وقيدوا الطلاق الهداية به وقيل محمله ما اذا قصرت المدة بان يكون شهرا فقل والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل قوله وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته عليه اجماع العلماء قيل الا الشعبي والاولى ان يحمل قوله على ما اذا كانوا يقدرون على الاكتساب فانه لا يجب على المولى كما سنذكره ولو كان العبد بين رجلين فغاب احدهما فانفق الآخر بغير اذن القاضي وبغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والموضع الملتقطة اذا انفقا على الودية واللقطة والدار المشتركة اذا كان انفاق احدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه وبغير امر القاضي فهو متطوع كذا في الخلاصة وفيها اذا شهد شاهدان على رجل في يده امة ان هذه حرة قبل القاضي هذه الشهادة وادعت الامة او حدث ولصقها على يد عدل وتفرض نفقة الامة ان طلبت على الذي كانت في يده انتهى ولو ان عبدا صغيرا في يد رجل فقال لغيره هذا عبدك اودعته عندي فانكره يستحلف ما اودعه ثم لا يقضي بنفقته على من هو في يده لانه اقر برقه ولم تثبت بغير فيبقى على حكم ملك ولو كان كبيرا لا يحلف لانه في يد نفسه والقول له في الرق والحرية والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث ابي ذر انه عليه السلام قال هم اخوانكم

فان استنع وكان لها كسب اكتسبا وانفقا كما فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المولى حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لها كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يواجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المماليك لا تصير دينا فكان ابطالا وتخليف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف انه يجبر والاصح ما قلنا والله اعلم

اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما ياكله وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم رواه ابو داود بسند صحيح وزاد فيه ومن لم يلائمكم منهم فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله عن علي رضي الله عنه قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة الصلوة واتقوا الله فيما ملكت ايمانكم رواه احمد والمراد من جنس ما تاكلون وتلبسون لا مثله فاذا لبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منها الفائق كفى بخلاف الباسه نحو الخواتيق والله اعلم ولم تتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد قوله فان امتنع وكان لها كسب اكتسبا وانفقا على انفسهما حتى لو كان يتمكن من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له ان يتناول منه الا اذا انتهى عن الكسب اما اذا كان عاجزا عن الكسب فله ان يتناول من مال السيد اذا ابى ان ينفق عليه قوله بان كان عبدا زمنا يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن ان يواجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شيء وتحويل شيء كما يعين البناء وقد مناه نقلا من الكافي في نفقة ذوي الارحام ثوبته هنا اولى وكذا اذا كانت جارية لا يواجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من فتنة الفتنة اجبر على الانفاق او البيع بخلاف المدبر والمدبرة وام الولد فانه يجبر على الانفاق عليهم حينئذ ان لم يقدر على الكسب بخلاف المكاتب حيث لا يومر على حد بشيء ولو اعتق عبدا زمنا ستقطت نفقته عنه ويجب في بيت المال وكذا العبد الصغير لانه ليس منهما فحرمته وان كان عقبته له كابن العم قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ ظاهر الرواية انه لا يجبره القاضي على ترك الانفاق عليها لان الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضي له وليتمد اهلية الاستحقاق في المقضي له وليس فليس لكنه يومر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون اثما معها بحبسها عن البيع مع عدم الانفاق وفي الحديث امراة دخلت النار في هرة حبستها حتى ماتت لا هي اطعمتها ولا هي ارسلتها عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان ليشمل ما تقدم من رواية ابي داود لا تعذبوا خلق الله ونهيه عن اضاعة المال وهو ما في الصحيحين من انه عليه السلام كان ينهى عن اضاعة المال وكثرة السؤال وعن هذا ذكر انه يكره في غير الحيوان ان لا ينفق عليها كالاملاك من الدور والمروج فانه يودي الى ضياع المال وعن ابي يوسف انه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك واحمد وغايته ما فيه ان تيصور فيه دعوى شبيهة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا يدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب احدهما من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضي يقول للآبى اما ان تبيع نصيبك من الدابة او تنفق عليها رعاية لحق الشريك ذكره الخصاف وفي المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر الشريك فرع ويجب النفقة على من له النفقة نالكا كان او لا مثاله اوصى بعبد الرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة ولو اوصى بجارية لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله اوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لان النفقة لو كان انهدمت فقال صاحب السكنى انا ابنيها سكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه لصاحب العلو ان يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه لا يكون متبرعا وكذا لو اوصى لرجل بواحد وثمرتها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفي الكتاب والحيطة ان بقي من ثمنه ماله شيء فالنفقة في ذلك المال وان لم يبق فالتخليص عليهما لان المنفعة لهما والاقول ينبغي ان يكون على قدر قيمة

كتاب العتاق

الاعتاق تفرغ مندوب اليه قال عليه السلام ايما امرئ مسلم اعتق مسلما اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا اختص بالعتق رجلا لعدد ولان الامة تعتق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل لملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك

باجمل لكل منهما والاعلم ضرر صاحب التقليل الايرى الى قوله في السلم اذا وصى به لواحد وبتخييره لاقران النفقة على من له الاجمين لعبده عادما وان كان قد يباع ويستحق ان يجعل كالحنطة والتبن في يد نا لان الكسب يباع تعلف البقر وغيره وكذا اقوال فيما عن محمد ذبح شاة فاوصى ان كان قد يباع ويستحق ان يجعل كالحنطة والتبن في يد نا لان الكسب يباع تعلف البقر وغيره وكذا اقوال فيما عن محمد ذبح شاة فاوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر فالتعيين عليهما كالحنطة والتبن انه يكون على قدر ما حصل لهما وقبل الذبح اباحة الذبح على حسب ما لهما بالاجارة فنفقة المبيع قبل ان يقبض قبل على المشتري فتكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البائع ما دام في يده ويجوز وضع الغرة على العبد لا يجبر عليها على ان النفقة على ذلك عبد استحقه احد

كتاب العتاق

قوله اشترك كل من الطلاق والعتاق في انه اسقاط الا انه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك نافع البضع واما اسقاط ملك مافي الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص يسمى عفوا ميزت انواع الاسقاطات باسماء لينسب اليها مع اختصار وتسري اضافة البعض الى الكل وبذا ظاهر قولها وعلى قوله بتاويل الاول الى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ الا انه قدم الطلاق وان كان غير مندوب اليه على العتق المندوب اليه وصلاله بمقابله وهو النكاح ولانه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلا به اورد من بيان احكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق وبيان متعلق الحكم بين نفس الحكم المتعلق لانه في بيان ان بملكه على اي وجه من اصل الحرمة والرب والسربان وغير ذلك ولا يخفى ما في الاعتاق من المحاسن فان الرق اثر الكفر فالعتق ازالة اثر الكفر وهو احياء حكمي فان الكافر ميت معنى فانه لم ينتفع بحياته ولم تذق حلاوتها العليا فصار كان لم يكن له روح قال تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه ثم اثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب اهلية لما تاباه من ثبوت الولايات على الغير من النكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه وامتنع ايضا بسببه عن كثير من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنازة وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات في كثير من الصفات فكان العتق احياء له معنى ولذا والله اعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجه الكريم الاعتاق من نار الجحيم التي هي الهلاك الاكبر قوبل احياؤه معنى باحيائه معنى اعظم احياء كما ورد به الاخبار عن سيد الاخيار من الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال ايما امرئ مسلم اعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفي لفظ من اعتق رقبة مؤمنة اعتق الله بكل عضو منها عضوا من اعضائه من النار حتى الفرج بالفرج اخرجه الترمذي في الايمان والنذور ورواه ابن ماجة في الاحكام والباقون في العتق واخرج ابو داود وابن ماجة عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ايما رجل مسلم اعتق رجلا مسلما كان فكاكه عن النار وايما امرأة مسلمة اعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار وروى ابو داود وابن ماجة ايما رجل اعتق امرأتين مسلمتين الا كانتا فكاكه من النار يجزي بكل عظم منهما عظما منه وهذا يستفيد بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة لان ظهران عتقه يعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة وعنه عتاق الطير لجوارحها وعتق الفرخ اذا قوي على الطيران وفرس عتيق اذا كان سابقا وذلك عن قوة والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملاك احد في عصر من الاعصار وقيل للقديم عتيقا لتقوي سببه وللخمر اذا تقادمت لزيادة قوتها لقوة تاثيرها وباعتبار القدم او السبق جاء بيت اوس بن حجر حيث قال على السنة عتقت تحيا وليس لما ان طلبت مرام يعني قدمت وانها لاترام بحال وبعد وبان العذر قد علمت معه على وجازتي معنى حرام المعنى انه

والاملاك المملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يجلبه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقتك وانا صبي فالقول قوله وكذا لو قال المعتق اعتقتك وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة سابقة

سلف من قديم انه لا يقدر ولا يزن في تجارته وكذا اقول عتقت اذا سبقت فلك الفرس القوة والعتق ايضا يقال للجمال ومنه سمي الصديق عتيقا بجماله وقيل لقدمه في الخير وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فانه قوة في الحسب وهو معنى ما ذكرانه يقال للكريم يعني الحسيب وقيل قالت امه لما ولدته هذا عتيقك من الموت وكان لا يعيش لها ولد قيل هو اسم العلم فيمكن ان يكون سبب وضعه له الجمال او تفاؤلا بالحسب المنيف او بعده والموت كل هذه المعنويات ترجع الى زيادة قوة في معانيها واذا كان العتق لغة القوة فالاعتاق اثبات القوة كما قالوه في البيوع والعتق في الشرع خلوص مكنة يظهر في الآدمي كما قدمناه وثباتا بالرق ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به تقديرية على ما لم يكن يقدر عليه فمن هذا يقال انه القوة الشرعية ويمكن ان يكون هذا المعنى من افراد المعنى اللغوي وعن هذا قال في الصحاح العتق الحرية بناء على ان القوة المفسر بها لغة اعم من كونها في البدن او ما يرجع الى معنى آخر ولهذا اطلقوه في تلك المواضع التي عددناها بانها قوة ترجع الى معان مختلفة الا انه مقيد بالحرية الطارئة على الرق وبه صرح في المغرب حيث قال العتق الخروج عن الملوكية فالاعتاق شرعا اثبات القوة الشرعية والتحرير اثبات الحرية هو الخلوص يقال طين حر للخالص عما يشوبه ومنه يقال ارض حرة لا خراج عليها والكل يرجع الى معنى القوة والرقي في اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وقد يقال العتق بمعنى الاعتاق في الاستعمال الفقهي تجوزا باسم المسبب عن السبب كقول محمد انت طالق مع عتق مولاك اياك وسبب الباعث في الواجب تقربا منه وفي خبره قصد التقرب الى الله تعالى واما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك في القريب وقد يكون الاقرار بحريته عبد انسان حتى لو ملكه عتق وقد يكون بالدخول في دار الحرب فان الحربي لو اشترى عبدا مسلما فدخل في دار الحرب ولم يشعر به عتق عند ابي حنيفة وكذا ان زال يده عنه بان حرب من مولاه الحربي الى دار الاسلام وقد يكون اللفظ المذكور كما سيذكره وهو نفسه لكن الاعتاق اللفظي الانشائي وشرطه ان يكون المعتق جزا بالغا عاقلا مالكا وحكمه زوال الرق عنه والملك صفته في الاختياري انه مندوب اليه غالبا ولا يلزم في تحققه شرعا وقوعه عبادة فانه يوجب على اختيار من الكافر وقد يكون بمعصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا اذا غلب على ظنه انه لو اعتقه يذهب الى دار الحرب او يرتد او يخاف عنه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للطاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون نذرا كالعتق لزيد والقربة ما يكون خالصا لله تعالى فتحصل ان العتق يوصف بالاحكام الوجوب والندب والاباحة والتحريم اذا في عتق العبد الذي ما لم يخف ما ذكرنا اجر لتمكينه من النظر في الآيات والاشتغال بما ينيل الشهوة عنه واما ما عن مالك انه اذا كان على ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه افضل من عتق المسلم لقوله عم افضلها اعلاها بالمهاة والمعجمة فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالا على من المسلمين لانه تمكين من مقاصده وتفريغه واما ما يقال في عتق الكافر ما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر فان الظاهر رسوخ الاعتقادات والفضائل فلا يرجع عنها ولذا شاهدنا الاحرار بالاصالة منهم لا يزاولون الا ارتباطا بعقائدهم فضلا عمن عرضت حريته نعم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الخير منه للمسلمين واما تفريغه لقتال فيسلم فهو احتمال والله اعلم قوله ولا ملك للمولى عليه لان ملك المولى زال عنه فلا يعود الا بسبب جديد وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي وما لك لما عن ابن عمر انه عم قال من اعتق عبدا له مال فالمال للعبد رواه احمد وكان عمر اذا اعتق عبدا لم يتعرض لماله قيل الحديث خطأ وعمل عمر من باب الفضل والجمهور على

ولکن لو قال العبید کلهم احرار اعتقهم لانه لیس بمحل للولاء فهو مراده اذا حلفت لا یصح لانه لیس بمحل للولاء ملزم ولا یراد یکون العبید فی ملکه حتی لو اعتق بعضهم لا یحنث بخلاف ما لو قال لعبده علیه السلام لا حق فهو لا یملکه لان آدم واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتیق او محرر او قد حررتک فقد اعتقتک فقد عتقت فهو له العتق اولم ینو لانه هذه الالفاظ صریح فیه لانها مستعملة فیه شرعا وعرفا فانفی ذلک عن النیة والوضع وان کانا فقد جعل ان مثلا فی التصرفات الشرعیة للحاجة کما فی الطلاق والبیع وغیرهما ولو قال عنیت الاخبار الباطل او اراد ما من العمل سدق دیانة کانه عجمله

ابن مسعود انه قال لعبده یا عمر انی اریدان اعتقک عتقا هنیئا فاخبرنی بمالک فانی سمعت رسول الله صلی الله علیه وسلم یقول ایما رجل اعتق عبده او خلاه فلم یخبره بماله فهو لسیده رواه الاترم قوله وکذا اذا قال البیع الخ وکذا اذا قال المجنون اذا افاق فهو حر لا یعتقد کلاهما سببا عند الشرط لعدم الاهلیة حال التکلم المذکوم فلم یقع تعلیقا معتبرا قوله لقوله علیه السلام الخ رواه ابوداود والترمذی فی الطلاق عن عمرو بن شعیب عن ابیه عن جده قال رسول الله صلی الله علیه وسلم لا نذر لابن ادم فیما لا یملک ولا عتق له فیما لا یملک ولا طلاق له فیما لا یملک قال الترمذی حدیث حسن صحیح وهو احسن شیء روی فی هذا الباب وقوله حتی لو اعتق عبد غیره لا ینفذ یعتقه بعدم الوکالة قوله لان هذه الالفاظ صریح فیه الالفاظ التی تستعمل لانشاء الاعتاق صریح وکنایة فالصریح المولی والحریة والعتق بای صیغة کان فعلا او وصفا او مصدرا فالفعل نحو اعتقتک وحررتک واعتقتک الله علی الاصح وقیل بالنیة والوصف نحو انت حر محرر عتیق معتق ولو فی للذا کیا حر ویا عتیق فانه کهذا حر والمولی کقوله هذا مولای او یا مولای او یا مولایای یعتق وان لم ینو وثم حکم الصریح ان یقع به لو اداو لم ینوه لان فحوی غیره الا فی القضاء اما فیما بینه وبین الله تعالی فلا یقع اذا نوی غیره فلو قال نویت بالمولی الناصر لا یصدق فی القضاء وفیما بینه وبین الله تعالی هو علی ما نوی وینبغی ان لکون هذا اذا لم یکن هازلا فان کان هازلا فانه یقع فیما بینه وبین الله تعالی وان نوی غیره وهو الکاذب هزلا بهذا یقتضیه ما صدر به الحاکم کتاب العتق من الکافی من قوله وذکر محمد بن الحسن عن ابی یوسف عن اسمعیل بن مسلم المکی عن الحسن عن ابی بکرة رضی الله عنه عن رسول الله صلی الله علیه وسلم انه قال من لعب بطلاق او عتاق فهو جائز علیه ونزلت بهذه الآیة ولا تتخذوا ایات الله هزوا فی ذلک فانه یقتضی وقوعه عند الله تعالی عند الهزل به وذکر یعنی محمدا عن عمر بن الخطاب رضی الله عنه قال من تکلم بعتاق او طلاق او نکاح فهو جائز علیه وزاد الشافعی فی الصریح فک الرقبة ووضعه خلاف الحدیث وهو قوله علیه السلام لذلک القاتل اعتق رقبة فک الرقبة ان یعین فی عتقها وقوله تصبح حرا اضافة للعتق وتقوم حرا وتقعه بعتق فی الحال ولو قال انت حر النفس عتق فی القضاء وان قال فی قضائک او قولک او خلاقک لا یعتق بهذا روی محمد عن یعقوب عن ابی حنیفة وقال انا اروی انه یعتق اذا اراد به الخیبة وعن ابی یوسف یعتق بالنیة قیل والظاهر قول محمد وبادنی تامل یظهر ان لا فرق بین ما بین العبارتین فی المعنی فاذا کان کذلک فلا خلاف بینهما علی هذا النقل وعن احمد انه صریح واستبعد قوله لانها استعملت فیه شرعا وعرفا علی وجه قیاد دون قرینة مع الشهرة فیه وذلک امارة الوضع فوافق قول الایضاح وغیره حیث قال الصریح ما وضع له والوضع یغنی عن النیة قوله فاغنی عن النیة یعنی اذا لا تشترط النیة لثبوت العتق امانة عدمه بان ینوی بشیا آخر فمعتبر فیما بینه وبین الله تعالی لا فی القضاء علی ما سنذکر قوله والوضع ای وضع التکلم لا المفرد علی ما لا یخفی ولا المرکب حتی یجیء فیه الخلاف فی وضع المرکب بل التراکیبات موضوعة وضعا نوعیا مثلا وضع نسبة الفعل الی نسبة عین الواضع صیغة للدلالة علی مضیه حدثه الی شیء لیفید الاخبار بانه وقع منه فیما تقدم علی وقت النطق فجعل لاثبات امر لم یکن وضع آخر له والحاصل ان الحاجة قائمة الی اثبات هذه المعانی عند النطق ولا بد من وضعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة فی ذلک هذه الالفاظ فکانت حقائق شرعیة علی وفق اللغة فیها وهذا لان اهل اللغة ایضا یثبتون هذه المعانی اعنی تحریر العبید والاماء بهذه الالفاظ فقوله فقد جعل انشاء فی التصرفات الشرعیة لم یصرح بفاعل الجعل المذکور ولا شک انه الشارع ویفیده

ولا يدين فضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال لعبده انت حر ينوي ان يعتق لانه يدين فيما هو مجرد في العتق ولا يستحسن القاضي ان يصدقه في الظاهر لان هذا من حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته بقدر ما يمكنه ويستند الى ما قبل ان شاء الله تعالى لانه اذا سماه حرا فقد نادى باسم علمه وهو ما لقبه به ولو نادى يا زاد ويا قبيح وقد لقبه بهما حر ولا يعتق ولكن لا يكذبه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف ولو قال رأسك حر او وجهك او ربع نفسك او ربع رأسك او قال لامته وجهك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق والله اعلم بالصواب

هو الكافي البيع فيضاف وجب ان المراد بجعل الشارع تقريره ولذا في الطلاق والعتاق وقدمنا في باب ايقاع الطلاق تقرير كلام الاصحاب من ان الطلاق ثبت اقتضاء تصحيحا لاخباره قبيله وكلام الكافي في العتق ايضا مثله وهو يقتضي انه على خبريته لم يجعل انشاء اصلا وعلى ما قررته المتن في الطلاق ولفظ في البيع يخالف ذلك وانما لا تعتبر النية لانها انما تعتبر اذا كان مراد اشتمالها والحق ان المعنى متباور في خصوص المادة وهو اذا كان الخطاب للعبد اوجه بالاشتراك كقوله هذا حر فانه يعتق به ايضا والوضع يعتبر باعتبار خصوص ما خوطب وتكلم فلم يكن وضعا جاريا فيكون ثبوت العتق عنده بحكم الشرع اقتضاء تصحيحا لاخباره كما مشى عليه في الكافي وهو وغيره في الطلاق ثم هذا التقرير انما يجري في غير النداء فالتقرير فيه لا ثبوت وضعا بل اقتضاء على ما سيذكره المصنف هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك لنفسك او بعتك نفسك منك فانه يعتق وان لم يتلفظ بلفظ الاعتاق لكنه لا يلزم اذا وجبه لاخر يتوقف على قبوله واذا وجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الاستلزام فلا يحتاج الى قبوله ولا يرده بالرد واما اذا قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول قوله ولا يدين لانه خلاف الظاهر بخلاف ما لو قال عنيت ان كان حرا في وقت فانه يدين ان كان البعد من السيد بين وان كان مولده لا يدين كذا في النهاية

فرع في الينابيع ناد عبده سالما فاجابه اخر فقال انت حر ولا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لا يعتق الذي عناه ولو قال يا سالم انت حر فاذا هو عبد آخر عتق سالم لانه لا يخاطب بهذا الا سالم وفيه قال لعبده انت حر او لدوجبه انت طالق ان فوى العتق والطلاق دفع لانه لهم من هذه عند الانفراد ما لهم عند التركيب الا انها ليست صريحة لانها عند الانفراد لم توضع للمنع فصارت كالكناية فتقف على النية ولو قال انت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لانه اذا صار في شيء صار في كل الاشياء قوله هذا هو حقيقته وتكلم في النهاية في مواضع اولها هذا وتمام عبارته فيه فيقتضي تحقق الوصف فيه واثبته من جهته فيقتضي بثبوته بقدره ويقال وستقدره من بعد اسلى في مسألة يا ابني ثانيها فيما اذا قال يا حر او يا زاد او يا زاد ونادى يا حر انه يعتق فقال لانه ليس بنداء باسم علم فيصير اخبارا عن الوصف المذكور وهذان معا يفيدان ان عتقه باعتبار اخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت بقدره يقال ولا يخفى انه لا اخبار في النداء الا ضمنا فان قوله يا حر متضمن معنى يا من اتصف بالحرية فيثبت الحرية شرعا تصحيحا للكلام وهذا يفيد ان ثبوتها اقتضاء تصحيحا لاخبار المضمن وهو لا يقتضي نقل الاخبار الى الانشاء واما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله يا اخي حيث لا يعتق فزاد فيه في ثبوت الاعتاق قيدا آخر وهو ان يكون ذلك الوصف الذي عبر عنه المنادى يكون ثبوته من جهته كالعتق والا يكن فيه ذلك بجعل المجبر اعلاما به استخفاف والبنوة لا يكون ثبوتها حال النداء لانه لو خلق من مائه كان ابنا له قبل النداء لا به فسر به في جامع الفقه قال لعبد غيره يا حر استقى ثم اشتراه يعتق قيل هذا تقض للقاعدة اجيب بانه يكون ثبوته حال النداء بان اعتق عبده غيره واجاز المولى فانه يعتق قوله لان مراده الا علام اي اعلام العبد باسم علمه ليحضر نداءه وهذا ظاهر اذا كان علمه له معلوما فيكون قصد غير استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق الا ان يريده فيعتق ح قوله او قال لامته فرجك علي حرام لم يعتق لان قوله لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها فرجك علي حرام لم يعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفي سائك يعتق لانه يقال هو لسان القوم

وسيأتيك الخلاف فيه ان شاء الله تعالى وان اضافه الى جزء معين لا يتجزأ به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يقع والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بينا ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق لانه يحتمل انه اراد به ملك النكاح لاني بتتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مراد الا بالنية قال وكذلك الكنايات التي ذكرناها مثل قوله خرجت من ملكي لا سبيل لي عليك ولا حق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل فك السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل باليد او الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لا سبيل لي عليك قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن ابي يوسف رح بخلاف قوله اطلقتك على ما بينا من قبل ان شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد ومنه سمي السلطان سلطانا لقيامه بيده وقد يضاف الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان لفظه مطلقا يستعمل في الملك لان المولى على المكاتب سبيلا فلم يحتمل العتق ولو قال لا طريق

وفي الدم روايتان ولو قال لبسا فرجك حرم عتقت وفي الدر برد الاست الاصح انه لا يعتق لانه لا يعبر به عن البدن وفي العتق روايتان والاول بثبوت العتق في ذكرك حر لانه يقال في العرف هو ذكر من الذكور ولو قال فخذك او هو ذكرهم قوله وسيأتيك الخلاف فيه عند ابي حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهي مسئلة يجب بها الاعتاق الآتية قوله ولو قال لا ملك لي عليك شروع في الكنايات الحاصل ان ما ليس بصريح من الالفاظ منها ما يقع العتق به اذا نواه ومنها ما لا يقع به شيء وان نواه فالاول نحو لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لا حق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند ابي حنيفة ومحمد رح وقوله لا سلطنة لي عليك او انت حر او قال لعبده انت حرة عتقت في الجميع ان نوى ولو قال انت لي او مملوك لي عند ابي حنيفة لا يعتق وان نوى لان الاشياء كلها سواء في حكم التملك وعندهما انه يعتق لان الخلوص لا يتحقق الا بالعتق والثاني نحو ان يقول لعبد بنت مني ولامته بقي مني او هي مني على وانت بريء او بائن او بتة او اخرجي او اغربي او استتري او تقنعي او اذهبي او اختاري فاختارت نفسها لا تثبت العتق بهذا ان نواه وكذا طلقتك كذا سائر صرائح الطلاق وكنايته لما مر وكذا اذا قال اذهب او توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وان نوى وفي المعنى اذهب حيث شئت كناية ولو قال انت مثل الحر لا يعتق لان التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تتحقق وكذلك وقال بعض المشايخ يعتق اذا نوى كقوله لامرأته انت مثل امرأة فلان وفلان قد ابى من امرأته يصير موليا ان نوى الايلاء قوله لان السلطان

عبارة عن اليد قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد السلطنة اليد لكن كلام المصنف يفيد انه تحقق من التمثيل والتجوز فانه قال وسمي السلطان به لقيامه بيده فانه يقتضي ان المعنى الحقيقي للسلطان هو اليد وتسميته غيره بالسلطان تجوز بالبناء على ما يعتقده الجاهل لا لاضافة به ثم قيل هو مشترك من الحجة واليد لقول ابن عباس كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد فاذا قال لا سلطان لي عليك فانما نفى الحجة واليد ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب بخلاف نفي السبيل لانه نفي الطريق والطريق المسلوك لا يتحقق بدونه فجعل كناية عن الملك لان الطريق ما يتوصل به الى غيره وذلك في اليد يتوصل به شرعا الى انفاذ التصرفات فاذا صح جعله كناية عنه عتق اذا اراده بخلاف السلطان فانه اليد فقيده بنفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب فلم يجعل كناية عن العتق وفي ازالة اليد والملك يثبت بالالفاظ الكثيرة مما ولم يضع له وانه لا يجوز وكذا الحجة لي عليك واعلم ان بعض المشايخ مال الى انه يعتق بالنية في لا سلطان لي عليك وبه قال الاتقاني الا ان وقال بعض المشايخ انه ليس ببعيد وعن الكرخي رح فيمن حلف لم يقع لي الفرق بين السلطان والسبيل ومثل هذا الامام لا يترك مثل هذا الا والمحل مشكل وهو جدير ان لا يفتى الا فلان اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المعهودة بل القدرة فاذا قيل له سلطان اي بمعنى الاستيلاء وقد صرح في الكافي بان السلطان يراد به الاستيلاء واذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء بتحقيقه او مجازا فصح ان يراد منه ما يراد من نفي السبيل بل اولى بادنى تامل وانا ما ينافي لما مر الذي منعه من ان يراد به العتق وهو لزوم ان يثبت بالالفاظ الكثيرة ما وضع له غير مانع اذ غاية الامر ان يكون المعنى المجازي اوضح من الحقيقي ولا بد وفي ذلك على وفاية في المجازات العامة فان المعنى الحقيقي فيها يصير من افراد المعنى المجازي كذا ما يقال في الفرق ان اليد من اوصاف المالك او دوال الملك

وثبت على ان العتق ومعنى المساواة اذا كان يولد مثله فاذا كان لا يولد مثله ذكره بعد هذا ثم لو يكن بالمعنى نسب معروف يثبت نسبه منه كذا في الكافية الدعوة بالولاء ثابتة والعتق محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند الى سبب الحر وقت العلوق اذا كان له نسب معروف وان لا يثبت نسبه منه للفقر ويتبع في الاول اللفظ في مجازه عن تقرر عامة الحقيقة ومحمله المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى قوله ولو قال هذا مولاي او امر لاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم النسب وابن العم والمولاة في الدين والجوار الا سفل في العتاقة لانه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستعمل مملوكه عادة وللعتق نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقة ولاضافة الى العبد تزيد كونه صفة تعين المولى للاسفل فالتحق بالصريح ولكن اذا دل لامته هذا مولاي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكتب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل واراد التحقق بالصريح جعل اللفظ الصريح ويتبع بان قال يا حر يا عتيق فكل الكلام وهو اللفظ وقال زفر لا يتبع لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله ياسيدي يا مالكي قلنا الكلام حقيقته وبه يحصل العمل

فالذي ليتنبه الناظر كون نفي السلطان من الكنايات قوله وثبت على ذلك قيل هذا قيد اتفاقي لا معتبر لذا لم يذكره في المبسوط وذكره في الينابيع الثبات ليس بلازم وفي النهاية رايت بخط شيخي وفي شرح القدوري لابي الفضل اراد بقوله وثبت على ذلك انه لم يدع له الكراهة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق وفي اصول فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا للعتق ويوافقه ما في المحيط وجامع شمس الائمة والمجتبى هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك اوهمت او اخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لا جنبية يدله مثلها لمثله هذه بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جاز اصر على ذلك ام لا قالوا هذا في معروفة النسب اما مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز والا جاز قال في المجتبى عرف بهذا ان الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب فان العتق لان ثبوت النسب يصح الرجوع عن الاقرار به دون العتق على ما سمعت من التزوج بمن اقر بنسبها في مختصر الكرخي اذا اقر في مرضه باخ من ابيه وامه وابن ابن او بعم وصدقه المقر به ثم انكر المريض وقال ليس هو بني وبينه قرابة ثم اوصى بماله لرجل ولا وارث له فان المال كله للموصى له لانتفاء المقر له لان المريض جحد ما اقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما ثم اذا قال هذا ابني بل تصير امه ام ولده اذا كانت في ملكه قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب او معروف النسب وقيل تصير ام ولد في الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصير ام ولد وان كان مجهولا حتى يثبت نسبه منه صارت ام ولده وهذا اعدل قوله اذا كان يولد مثله يعني اذا كان مثله في السن بحيث لو شرعا ان يكون ابنا لمثل المدعى في السن هذا هو المراد لا المشاكلة حتى لو كان المدعى ابيض ناصعا والمقر له اسود حالك وبالعكس وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب قوله وان كان يتكلم الناصر قال تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا عليه الصلوة والسلام واني خفت الموالي من ورائي قوله فتعين الاسفل فالتحق بالصريح اورد عليه شارح انه مشترك استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من المعين فقولهم المولى لا يستعمل مملوكه عادة ممنوع بل يحصل به النصرة بهم على انا نقول المقرر يفوق الدلالة والمتكلم ينادي انا عنيت الناصر بلفظ المولى دلالة عليه حقيقة وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على ان المراد الاسفل ولا اعتبار لارادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة انتهى والجواب ان قوله استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد ان اراد دائما فممنوع بجواز ان ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفي غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيه ومنعه ان المولى لا يستعمل لعبده لا بالمنع لما استدل به من قوله تحصل النصرة بهم لان المراد انه اذا اخرجه لا يستدعي النصرة بعبده بل بني عمه وان كان العبد والخدم ينصرونه لكنه يأتي من دعائهم عادة وذا لهم لذلك فاين دعاؤه اياهم لذلك من كونهم هم ينصرونه واما قوله الصريح يفوق الدلالة فكانه اراد الكناية قطعا فنقول هذا الصريح وهو قوله اردت الناصر بلفظ المولى انما قال بعد قوله هو ملحق بالصريح في ارادة العتق فاثبت حكم ذلك ظاهرا وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضي والكلام فيه ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه لو اراد الناصر لم يعتق فاين المكابرة واعلم ان في المسئلة خلافا فذهب بعض المشائخ انه لا يعتق في هذا مولاي الا بالنية وانه بين الصريح والكناية قوله وقال زفر لا يعتق وهو الثاني وهو يا مولاي الا بالنية وبقوله قال الشافعي ومالك واحمد لانه

بخلاف ما ذكره لانه ليس فيه ما تحقق من الحق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني او يا اخي ولم يعتق كان النداء كالسلام للمنادى والاضافة اذا كان يوصف بها من حيثية كان لتحقيق ذلك الوصف للمنادى فاستحضاره له بالوصف المخصوص كما في قوله يا خارجا ما اراه والا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من حيثية لانه لو خلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان بمجرد الاعلام والمرور وعن ابي حنيفة رح شاذا انه يعتق فيهما اعتمادا على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق كان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رح لهما انه كلام محال بحقيقته فيرد ويلغو كقوله لعتقته قبل ان اخلق ولابي حنيفة رح انه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح مجازا لانه اخبار من حيث صدره لكن البنوة في المملوك سبب للحرية اما ابتداء لصلاحية اللفظ او لسبب سابق فالسبب سابق في اللغة حتى زنا

يراد به الكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي افادا نهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وكذا في يا سيدي قالوا فيشترط ان يعتق بهما وان لم ينو وقيل اذا لم ينو عتق في يا سيدي لا في سيدي والمختار انه لا يعتق فيهما الا بالنية قوله بخلاف ما ذكر وهو يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا لعبد العتق لانه لا يصير سيدا بالعتق لسيده والوجه ان حقيقة متعذرة والفرض ان المتكلم جعلها غير متعذرة فتعين المجاز ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق بجاز ان يريد مجازا آخر هو الاكرام فلا تعين لاحدهما الا بالنية فقلنا اذا نوى سيدي العتق عتق اما اذا لم يكن له نية صير الى الاخر الذي هو الاكرام لان زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال الا بالنية بخلاف يا مولاي فانه حقيقة في الاسفل يثبت العتق بعد انتفاء الحقائق الآخر بالنسائي قوله ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النسب اذا لم يعلم الا بطريق الحرية فان كان يوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف وان لم يكن تجهيل ولا علم ولا حرية لا يمكن اثباتها من جهته فلا يتحقق الا تابعا لثبوت النسب وعلى هذا فينبغي ان يكون محل المسئلة اذا كان العبد معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب ان يثبت النسب تصديقا له فيتحقق وفي نوادر ابن رستم عن محمد رح لو قال لعبده يا عمي يا خالي او يا ابي يا جدي او يا ابني او يا جارية يا بنتي يا خالتي او يا اختي او لعبده يا اخي لا يعتق في جميع ذلك ووجهه على ما رفع واعلم انه اذا كان المقصود من النداء استحضار الذات لا اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ حصل مثبتا له مع النداء والا فلا اشكال ان الابنية لا يمكن اثباتها بذلك اللفظ سوار خلق من مائه او من ماء غيره فقول المصنف لانه لو خلق من ماء غيره الى آخره لا فائدة فيه للتقاطع بانه اذا خلق من مائه لا تثبت الابنية الا بذلك التحقيق من ذلك الماء لا باللفظ وهذا على ان ثبوته لا بطريق الاقتضاء وذلك لان ما ثبت لتصحيح يجب كونه غير صريح بخلاف المقتضى للنداء بالوصف وعلى ما قدمنا تقريره في ياحرسماه لعدم اختلاف الجواب ان ثبتت الحرية فان قرر ثبوتها اقتضاء للخبر المضمر او اثباتا منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود واما الرواية عن المبسوط حنيفة التي ذكرها الطحاوي فليس وجهها الا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر المضمر يحقق وصف الابنية غير انه يستلزم ثبوت النسب اذا كان العبد مجهول النسب ومثله يولد له وعدم العتق اذا كان معلوم النسب قوله فحكم اي هذا كلام محال اي مستلزم لتحقق محال غير مرفوع لفظه اذ العدم لا يوجب حكما اصلا لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق حكما لانه لما قال قوله اعتقتك قبل ان اخلق لم يثبت به العتق وهذا بناء على ان شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الاصل وان المجازي ليس محالا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بان يكون مثلا مبتدأ وخبرا ومن سعد بانهما وجب في البنين سعد محمد والفرق ونحوه وبه يعرف ان استدلال المصنف في غير محل النزاع لانهم لا ينكرون ان البنوة سبب للعتق وانه طريق المجاز بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الاصل اي الحقيقي فتحرير محل النزاع ان يقول اتفقوا على ان المجاز خلف عن الحقيقة لوجود منعها التحلف به والاصل ان لا يصار الى المجاز الا عند تعذر منعها الحقيقة او تعين المجاز بدليل آخر واختلفوا في جهة الخلفية فقدمها الخلفية بينها في الحكم يعني ان الحكم الذي يثبته المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي يثبت لفظ هذا اللفظ اذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعندهما بل الخلفية في التكلم يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في الحرية خلفا عن هذا ابني مستعملا في ثبوت البنوة وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الاصل والاول اوجه لان كلا

اتحاد ضربة لازمة للبنوة في المولد والمشابهة في صفة كلام من طرق المجاز فيجوز به تخصيص العام كالاستثناء بخلاف ما استشهد به لانه ترك لدلالة المجاز تعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخبره صحيحي ان يجعل مجازا عن الامر بالدال بالقرينة لان القطع سبب الوجوب للمال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص من وجه كما بينا انه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فلم يجعل مجازا عنه ولو قال هذا ابني او امي ونسبه لا يولد مثله فهو على هذا الخلاف عندهما حتى يثبت النسب عندهما ولو قال اصبي منه هذا حيض فهو على الخلاف وقيل لا يختلف بالاتفاق لان هذا الكلام لا موجب له في الملك لا بواسطة وهو لا يدعي في غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن السبب بخلاف الامومة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة

معنى الآن صحيحا لانهم لم يكونوا اخلافا سوى في جهة الحقيقة على ما قيل يكون فيها معنى الاصل ايضا انه نقض اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال الحقيقي او الالغاء الذي يؤدي ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة وقال صاحب الاسلام في تحرير قول ابي حنيفة لشبهة صحة الاصل من حيث انه مبتدأ وخبر موضوع للايجاب بصيغته فاذا وجد وتعذر العمل بحقيقته الى آخر ما ذكره ولا اشكال ان صحة الاصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي انما هو في هذا اي للاكبر اما هذا اخر فصحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي ويستدل لهذه بانه لا يدرى في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له الى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم خلافا بمن امكنه الاستدلال لان الموقوف على المحال محال وسيرة بالقياس على مسئلة الحلف على مس السماء وشرب ماء في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين في الاولى وتجب الكفارة فيه دون الثانية لوجوب الكفارة خلف عن البر ولما امكن البر في الاولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ولما لم يتصور في الثانية لم تنعقد قرانيا الخلف يعتمد قيام امكان الاصل ونارة بان الحكم هو المقصود باللفظ فباعتبار الحقيقة بين اللفظين من جهة ما هو المقصود عنه اولى من غيره واجيب عن الاول بان توقفه على فهم الموضوع له على انه غير مراد لينتقل عنه الى اللازم المراد فهمه لا يستلزم امكان تحققه في الخارج وبجيب عن الثاني ان تلك الحقيقة بين حكمين شرعيين ومعنى حقيقة حكم شرعي لا آخر هو كونه انما يتعلق شرعا بتقدير تعذر امتثال الاول وهذا فرع تعلق الاول وتعلق الخطاب دائر مع الامكان الذاتي كالكفارة في الحلف على مس التيمم لا فهو ر فلا يتصور شرعا حلف استحال ابراره لانه لا تعلق او ذاك ولم يجب في مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر وح ظهر انه لا ملازمة بين لزوم امكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم امكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازا او ظهر مما ذكرنا ان حكم اليمين الاصلي هو وجوب البر لا البر نفسه والجواب عن الثالث ان هذا تصرف باللفظ بان يستعمل مرة فيما وضع له واخرى فيما لم يوضع له لم يعلم من جهة اهل اللسان انهم اشترطوا ذلك سوى وجود شيء يجوز التجوز به ولا يحتاج سوى الى ادراكه الحقيقي ثم الحاجة الى ادراكه ليس لتحصيل استعلم العلاقة فانه ما لم يتصور لم تعلم العلاقة وان كانت الحاجة الى مجرد فهمه ايضا غير مقصود بالذات فاشتراط امكان وجود معنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فانه يستلزم ان لا يجوز زيد اسد فانه وزان هذا ابني لان كلا منهما ان المعنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الانسان اسدا والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته وما فرق به من ان هذا مستعار بجملته بخلاف هذا اسد لان المجاز في البنية دون الالفاظ ممنوع واذا ثبت انتفاء هذا الشرط فاذا تكلم بكلام ولتعذر الحقيقي له ولا كلام طريق يتجوز به فيه يتعين غيره او لم يجد او لم يرد او لم يرد اصلا فالكلام العاقل وما نحن فيه كذلك فانه يكون مجازا في معنى عتق على من حين ملكه استعمالا للاسم الملزوم في لازمه ثم ان كان هذا دخل في الوجود عتق ديانة وقضاء والا فقضاء ولا تصير امة بذلك ام ولد له بخلاف اعتقتك قبل ان اخلق او ان خلقت لانه لا طريق فيه للمجاز فلغا ضرورة وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره الخ جواب عن معتبر آخر لهما هو ما اذا قال لآخر قطعت يدك خطأ فاخبر جهما صحيحين فانه يلغو هذا الكلام بالاتفاق ولم يجعل مجازا عن الامر بالمال لعدم امكان معناه الحقيقي فاجاب بان يلغو ليس لتعذر الحقيقي

وقوله هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتق وجه الروايتين ما بينا ولو قال لعبد لا هذا ابني فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالاجماع لان الشبه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققنا في الاصول وان قال لامته انت طالق او بائن او مخرق ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله تعتق اذا نوى

بل للتعذر كل منه ومن المجازي لان المال الذي انقطع سببه مال مخصوص وهو الارش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته الا عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ مجازا بالسبب عن المسبب والذي يمكن اثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع ايجاب المال به مطلقا خلافا ضرورة بخلاف ما نحن فيه لان الحرية لا تختلف لكن ذاتها حاصلة عن لفظ حر او لفظ ابني فالمجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو وقوله ولو قال هذا ابي الخ جواب عما قيل انه يلغو فقال بل هو على الخلاف ايضا فعند ابي حنيفة يعتق وما لو قال لعبده الصغير هذا جدي فاجاب عنه اولا بانه على الخلاف وقيل هو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق بملكه وثانيا بالفرق فانه لا يعتق اتفاقا وهي ان هذا الكلام لا يوجب له في الملك الا بواسطة الاب ولا وجود له في اللفظ **قوله** ولو قال هذا اخي اي لعبده لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله يعتق وجه هي رواية الحسن وجه الروايتين ما بيناه فحواله وجه رواية الحسن على قوله ان البنوة سبب الحرية في المملوك ويعرف عن وجه هذه وهو ان الاخوة سبب لعتق المملوك وحواله الظاهر على قوله في هذا جدي وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الى آخر ما ذكره وتقريره هنا ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب او الام ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكما ولان الاخوة تقال لما بالنسب في الرضاع والدين فلا يتعين النسب الا بدليل حتى لو قال من ابيه او من امي او من النسب عتق اذا عرف هذا فلا شك في صحة الاصل المذكور لكن يخرج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير اليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين او يتعين هذا لانه اليسر كما قررنا في يا سيدي يا مالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضا الا بالنية فان اجيب بان اعتبار الفائدة الشرعية اولى وهي المتعينة هنا ورد عليهم هذا اخي فانه لا يعتق بوجوده بانه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف الى القرينة حتى لو قال من ابي ونحوه عتق وبان العتق بعلة الولاد ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ولو دار بينهما كان المجاز اولى وان علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا لا يعتق في هذا خالي وعمي بلا خلاف بين اصحابنا ذكره في البدائع وفرق بينه وبين هذا اخي بانه يحمل الاكرام والنسب بخلاف العم فانه لا يستتبع الاكرام عادة وهذا يقوي ما اوردناه في هذا ابني فلا يخلص الا بترجيح رواية العتق في هذا اخي وهي ما نقلها المص **قوله** ولو قال لعبده هذا ابني فكذا اذا قال لامته هذا ابني لا يعتق وان كان يولد مثله بمثل لان الاول مجاز عن عتق في الذكر لانه بجهة البنية حقيقة والثاني عنه في الانثى فانتفى حقيقة لانتفاء محل ينزل فيه ولا يتجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا لعدم لازم مشهور وغيره لئلا يلزم تعميم اللفظ في معينين مجازين احدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البدائع ان الاتفاق على منعه اللهم ان يعتبر المجاز عقليا في نفس اضافة البنت وكل من لفظ الاشارة والبنت والبنا حقيقة فالتجوز في نسبة المراد بالاشارة بالبنية الى مسمى البنا عن نسبة البنية اليه بالعتق فيتعين الاول وما ذكره المص بيان تعذر عتقه بطريق آخر وهو انه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار يعتق بالاشارة وان كان من خلاف جنسه يعتق بالمسمى وتبين هذا الاصل في باب المهر وهو الذي اراده بقوله حققناه في النكاح والمشار اليه بنات مع المسمى جنسان لانه الذكر والانثى في الانسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم ان يتعلق الحكم بالمسمى اعني مسمى بنت وهو معدوم هنا لان اثبات ذكر

وكذا على هذا الخلاف سائر الالفاظ الصريح والكناية على ما قال مشائخنا رحمهم الله انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فثبتت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان لاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالبهائم وبالاموات يحيى فيقرر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا اختلاف ان الاول اقوى والا ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان استعماله اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته كما هو نوعه فلهذا امتنع في التسارح فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشارك في بعض المعاني مع وقوع الشك في الحرية

قوله وكذا على هذا الخلاف جميع الفاظ الصريح كانت مطلقة والطلاق بالكنايات كما لو قال لامته انت على حرام او بائن او بتة او بتة او بتت مني او خلية او برية او حبلك على غاربك واخرجي وتقومي واذهبي واعزبي واختاري فاختارت نفسها وتعني او قال ذلك لعبده او قال لا طلاقك لا يعتق في ذلك كله وان نوى بخلاف ما تقدم من قوله اطلاقك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعي يعتق في ذلك كله وانوى وعن احمد روايتان احداهما كقولنا والاخرى كقوله **قوله** لان بين الملكين اي ملك الرقبة وملك النكاح موافقة **قوله** اذ كل منهما الخ حاصله انه اثبات للمشابهة بين الملكين اعني ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما اما الاول فان النكاح في حكم ملك العين شرعا لان ملك المنفعة كثيرا ما يلزم ملك العين شرعا كما في البيع واما شرط التابيد له كما في البيع واتفقا لا يلزم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى انه يبطل به اذ هو لازم لملك المنفعة اعني الاجارة واستفاد كل منهما ملك الوطء بخلاف الاجارة واما الثاني فلان كلا من التصرفين اسقاط للملك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه واما الاحكام التي هي ملك البيع والشراء والتهادي والقضاء وملك الاموال وهي معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها بل ثبتت بسبب سابق به على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا فان هذه خصائص الآدمية فالآدمية مع التكليف هي السبب وانما استتبعت بمانع الرق والعتق يزيل المانع فيظهر اثر المقتضي كالزوجة في حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب والاستمتاع بها عنه ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ولهذا يصح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب ان يصح الطلاق كناية عن العتق لان صحة الاول للمناسبة وهي مشتركة لانها نسبة بين الطرفين فاذا ناسب الشيء غيره ناسبه الآخر **قوله** ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه اي ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ مستعمل في المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المعنى الشرعي كما لو قال اسقني نويت به العتق او الطلاق لا يقعان وانما قلنا انه لا يسوغ استعماله فيه لان يسوغ استعمال اللفظ في المعنى اما وضعه له او التجوز به فيه فالاول منتف وكذا الثاني لان التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة انواعها وهذا ما يقال ان نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعاني المجازية وضعا عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا وحقيقة حاصل معنى قوله كل لفظ وضع بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فلتكلم ان يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بان ثبت عنه انه استعمل اللفظ باعتبار جزئي من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحقق في ذلك الجزء او نقل اعتبار فالثابت بقاء وفي علاقة المشابهة ان يكون في نصف خارج ظاهر في المتجوز عنه ثبوتا فيه اقوى منه في المتجوز فيصير المتجوز به مشبها والمتجوز عنه مشبها به وقولهم بشرط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا في المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص والا لم يكن مشتركا فلا يتجوز باعتباره الى ما ليس هو فيه فالاول لا يجوز التجوز به بالاخرى للجموم مع انها وصفان ملازمان للاسد لعدم ظهورهما وشهرتهما والثاني وجب ان لا يكون المعنى المشترك في محل المجاز كثيرا منه في محل الحقيقة او اعرف هذا فقول الاعتاق انما هو اثبات ملك القوة الخ قلنا فرعنا للعلم بعدم ملك تلك الامور قبله والاصل في اضافة حدوث الشيء ان يكون الى عدم المقتضي لا الى قيام المانع لان عدمه هو الاصل في عدم الحكم لان الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضي ولو سلم فالاصل عدم المقتضي فيبقى على العدم لم يثبت وجود ولم يثبت ودعواه انه الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضي ملكا اعتقادا ظاهرا وشرعا لم يثبت بل انما يثبت

ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه

عتق حر ولو قال رأسك رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه لان الرأس يعبر به عن جميع البدن **فصل** ومن ملك ذا رحم محرم

منه عتق عليه لقوله عليه السلام روي عن النبي عليه السلام وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم عتق

فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا وتسببا

شرط وجود ان ذلك الملك مع الحرية فتكون هي السبب الشرعي والطلاق لازالة قيد النكاح ليملكها القائم عما حتى يجوز الخروج والتزوج وهذا لان ملكها استحق التفوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها فلم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب ولا مناسبة بين ازالة المانع في محل يعمل الملك القائم عما وبين اثبات الملك الزائل في محل يعلقه بجواز التجوز وهي ان تكون محققة بالتجوز عنه اي ظاهرة مشهورة ثبوتها فيما قوي منه في محل المجاز المشبه بل هو منها عكس هذا فان الاسقاط المشترك ثبوته في العتق اكثر واوفر منه في الطلاق والتجوز بلفظ الطلاق يقتضي كون الطلاق هو الاكثر اسقاطا واشهر به فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرع المذكور وامتنع عكسه ولان العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فنوفيه لفظ السبب في المسبب بخلاف قلبه فانه المسبب في السبب وهو ممنوع الا ان يختص الا وجد المسبب دون سبب المعين فلا تلازم فلا علاقة فما قيل ليس سببا ايضا بدليل ان الامة لو كانت متزوجة فاعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة فما هو بناء على اعتقاد ان المراد بالسبب العلة وهو ممنوع ولو سلم فالعلة انما تؤثر عند كون الحكم معدوما قبلها الا ترى ان البول بعد الريح لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث وعلى من يلتزم انه يوجب حدثا آخر يمكن ان يقال لو جب العتق بحرمة اخرى للمتعة فمن هذا قبيل الكنايات منها ما يقع العتق بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك او ملكتها او وهبت نفسك منك او بعتك نفسك او بعت نفسك منك فهذه كنايات لا تحتاج الى النية لان الاجتياح اليها واذا كانت تحتمل معاني وهذه لا تحتمل غير العتق فاستغنت عنها ومنها ما يقع بالنية كما تقدم فمنها ما لا يقع وان نوى كلفظ الطلاق وكنايته والتحقيق في مثل الاول ان يقال انه ملحق بالصريح كما في مولاي من حيث ان ما سوى العتق انتفت ارادته فتعين فالحق بالصريح وانتفاء المعنى المزاحم هنا بالسبب فتقرر حقيقة الملك للسبب فتعين المعنى المجازي وهذا بناء على ان الصريح يحتمل المعنى والا فيجعلان صريحا وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه في كتابنا **قوله** ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الاول وقد بيناه في الاصول وانه لا فائدة في قوله الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وانما كونه اثباتا موكدا فلغو رد وبعد النفي بخلاف الاثبات المجرد

قوله ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال راسك راس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميعه وهذا يقتضي انه لا ينوي كما لو قال راسك حر فانه لا يحتاج الى النية لكن المسألة منقولة من نوادر ابن سماعة لو قال راسك راس حر عتق اذا نواه وفي نوادر هشام قال ابو يوسف لو خاط حمله كوثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق وفي المبسوط لو رأها تمشي فقال هذه مشية حر او تكلم فقال هذا كلام حر لم يعتق الا ان يقول اردت العتق وهذا قول ابي يوسف قال الحسن بن زياد من قال نفسه يعتق في القضاء وبين فيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال جسمك حر او اصلاك حر او علم انه من سبي لا يعتق لانه صادق وكذا لو قال ابواك حران وفي نوادر المعلى قال ابو يوسف لو قال فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ليسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا يعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال لستك حر كان حرا وكذا ذكر ك حر وتقدم

فصل اعقب العتق الاعتياس بالاضطراري **قوله** وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه النسائي عن حمزة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه

والشافعي رحمه الله خلافا له لان ثبوت العتق من غير رضاة المالك بقياس ولا يقتضيه ولا الاخوة وما يضاهيهما نازلة عن قرابة الولاء فامتنع الالحاق والاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولو يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبة قرابة مؤثرة في الحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد معنى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

وضعفه البيهقي والنسائي بسبب ان ضمرة الفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة ثقة واذا اسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا ارسال من ارسله ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه ومن وثق ضمرة بن معين وغيره وان لم يحتج به في الصحيحين واما الحديث الثاني وهو قوله عم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فاخرجه اصحاب السنن الاربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة وحماد فقد شك فيه فان موسى بن اسمعيل قال في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد فقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة احفظ من حماد انتهى وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو ان رفع الثقة لا يضره ارسال غيره ورواه الطحاوي من حديث الاسود عن عمر موقوفا وروى من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة وعلي رضي الله عنهم باسانيد ضعيفة وروى الطحاوي باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة بن سهيل عن المستورد ان رجلا زوج ابن اخيه مملوكته فولدت اولادا فاراد ان يسترق اولادها فاتى ابن اخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي اولادا فاراد ان يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط ان ابن عباس رضي الله عنه قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت اخي يباع فاشتريته واني اريد ان اعتقه فقال عليه السلام فان الله قد اعتقه قوله والشافعي الخ ويقولنا قال احمد وذكر الخطابي في معالم السنن انه قال اكثر العلماء وقال روى مالك عن عمر بن مسعود رضي الله عنه ولا يعرف له مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وابو سلمة والحسن بن حي والليث وعبد العزيز بن وهب واسحق والظاهرية وقال مالك يعتق في قرابة الولاد والاخوة والاخوات لا غير وفي المبسوط قال داود الظاهري اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لظاهر قوله عم لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق بنفس الشراء لم يسق لقوله فيعتقه فائدة ولان القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه ولنا قوله تعالى وما ينبغي للرحمن اذ يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا لقد احصاهم وعدهم عدا نفت بان الابنية تنافي العبدية فاذا ثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما اقول الطحاوي فاشبعه وسقاه فاروا والتعقيب حاصل اذ العتق يعقب الشراء وانما اثبت له الملك ابتداء لان العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لانه لا فائدة في اثباته لاستقباح البنوة قوله لان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك في الولاد ينفيه القياس على غير القريب من البعيد وعلى سائر الاملاك اذ الخروج عن ملك مالكها من غير رضاه اختيارا اولا لا يقتضيه القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والاجماع الامن لا يعتد بخلافه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق اي الحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس الاستدلالي اي الالحاق بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل بسبب الالحاق بغير المحارم من القرابات فالقرابات ثلاث ولاد وغير المحرمية وعدمها كابناء الاعمام والعمات وابناء الاخوال والاخالات يجب رد المتنازع فيه الى ما هو اشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو بالثاني اشبه حقيقة وحكما اما حقيقة فلان مستحقيهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية واما الثاني فلانا رأينا احكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقعود وحل الخلوة وامتناع الاكفاء وكذا في هذا الحكم قوله ولنا ما روينا فنعمل معه جميع المعاني المعينة والقياس الصحيح بل لا لالة النص

ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يعتق عليه لا يتكاتب عليه لانه ليس لهما ملك تام يقرره على الاعتاق ولا اعتراض عن القدرة على الولاء لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فاستتم البيع فيتحقق مقصود العقد وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على كاتب ايضا ورد قولهما لنا ان عتم وعتن اخوان ملك اخاه ثم اشترى اخاه وهي اخته من الرضاع لان الحرمية ثابتة بالقرابة والسبق جعل اهلا لاعتاق دكن المجنون حتى عتق القريب عليهما عن الملك لانه تعلق به حق العبد نشأ به النفقة ومن اعتق عبد الوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يخل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كالمكره والمقر وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كالطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رح وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه استظهار

لتقرره ملك قريبه قرابته موثرة في الحرمية فيتحقق عليه كما في الولاد وهذا اعني كونه قرابته موكدة في الحرمية هي المؤثرة في الاصل وهو قرابة الولاد التي هو الذي تعلق به الحكم فيه الولاء بمعنى ولسلم فغاية ما منع ان ارانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه بجواز ان يعلل الاصل باخرى متعدية الى عالم تعد اليتملك وهي ما عيناه من القرابة المحرمية لانها قد تظهر اثرا ما في جنس هذا الحكم وهو وقوع ملك النكاح الذي هو اوفى الدليلين فان يؤثر في رفع اعلاهما وهو ملك الرقبة اولى وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص ايضا يدل على تعيينه وهو مارد وناه فانه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف هذا يفيد الغاء ما عينه وقول المخ حتى وجبت النفقة الزام مختلف فيه لكنه ما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك الزم به غير معتبر خلافه وكانه ثابت اتفاقا وقولهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قادح لان الراوي قد يصيب وكثيرا ما يرسل ومعلوم انه اذا ارسل فلا بد ان يكون عن واسطة وغاية الامر انه عين الواسطة مرة وترك اخرى ولو كان مرسلا كان من المرسل المقبول اما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك واحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته واما على قول الشافعي فيقبل اذا عملت الصحابة على وفقه وانت سمعت ان الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت من غير هم خلافهم فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم فان شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه لانه الحاق بالاشبه شبهية ولان اثر اولو كان صحيحا عنده فالمعنى الذي نظهر اثره في جنس الحكم اولى من نقيض مع النص على نقض حكم الفرع قوله ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام وكذا لا فرق بينهما اذا كان العبد مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة وهي القرابة المحرمة وقيد بقوله في دار الاسلام لانه لا حكم لنا في دار الحرب فلو ملك قريبه في دار الحرب لا يعتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافا لابي يوسف وعلى هذا الخلاف اذا اعتق الحربي عبده في دار الحرب كذا الخلاف في الايضاح وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا واما اذا اعتقه وخلاه قال في المختلف يعتق عند ابي يوسف ولا ولاء له قالا لا ولاء له لكن عتقه بالتخلية لا بالاعتاق فهو كالمراغم ثم قال المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فاعتقه ثم القياس ان لا يعتق بدون التخلية لانه في دار الحرب لا يجري عليه احكام الاسلام وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم ينقطع عنه احكام المسلمين ولا ولاء له عندهما وهو القياس وقال ابو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع ابي يوسف في كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الايضاح ان يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب وهذا نص على انه لو دخل هناك بعد ان كان هنا فلا لم ينقطع عنه احكام الاسلام وهذا بخلاف استحقاق النفقة لانها منوطة بعلة القرابة المؤثرة بالنص فلم تجب مع اختلاف الدين قوله والافتراض عند القدرة جواب عن اعتبار دلبعد بالمكاتب قال علة العلة التي عينها الشرع اعتراض الوصل والافتراض انما يثبت عند القدرة وانما هي قائمة بالحر دون المكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق والكتابة نوع اعتاق فليس كتابة غير الولاد مما ينظم كتابة بخلاف كتابة الولاد فانه لكون الحرية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على جميع اجزائه على ان عن ابي حنيفة انه يتكاتب على الآخر وهو قولهما فلنا ان تمنع وجاب بمن الشهادة والزكوة ان عدم جواز هما في قرابة الولاد باعتبار انه تمليك من نفسه وشهادة لنا من وجه وهذا المانع منتف في غير الولاد قوله وعتق المكره والسكران واقع في المكره خلاف الائمة الثلاثة والاكراه لا يزيل الا الرضا والعتق لا يتوقف عليه ولهذا جاز عتق الهازل وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق قوله ولانه الاضافة الى الملك كان ينبغي ان يقول ان ملكتك فانت

فيه التعليق بخلاف التمليك على ملك في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه دمه ومسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاربا لأعتق حال تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق بحال خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى استدامة صورة العدم لاضافة اليها ولا اليه بداهة من قلب الموضوع ثم استاق الجمل ملكه ولا يسترد بيعه وهبته لان التسليم لنفسه شرط في الهبة والقبض عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاسترقاق فكذا ولد العتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بذل العتق على غير المعتق لا يجوز

او ملكت عبدا ونحوه فعوجل فنسيه خلاف الشافعي اي وحده فان مالكا يوافقنا فيه وكذا عن احمد وفرق بينه وبين الطلاق اذ لم يجز اضافته الى الملك بخلاف العتق بان العتق مندوب اليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما على عرف فلم يتغير قافي ذلك **قوله** فجرى فيه التعليق لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رح انما الخلاف في انه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق الى وجود الشرط قلنا نعم فزال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف مبني على انعقاد المعلق سببا في الحال عندنا وعنده وجود الشرط **قوله** واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما او لا وقيد بالخروج لانه لو اسلم ولم يخرج لم يعتق ولنا قول الائمة الثلاثة وقال الاوزاعي اذا خرج سيده مسلما يرد عليه عند اظهر روايتيه اذا اسلم عتق خرج او لم يخرج واورد ابن حزم عليه ان مسلما ان اسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك ثم اجاب بانا لم نقل بهذا الا لعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج اليه مسلما من عبيد اهل الطائف وهي لعبد الحندق بدهر وبدعوى فسخ تملك الكافر لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا شك في انجاد الايراد وهو ما يصلح ليلانا وفي الجواب بالا يخفى **قوله** لقوله عليه السلام في عبيد الطائف اخرج ابو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن علي واللفظ لابي داود قال خرج عبدان بكسر العين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فقال مواليهم يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب عليه السلام وقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وابا ان يردهم وقال هم عتقاء الله سبحانه قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازي جماعة من العبيد خرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عدهم واحدا واحدا ابو بكرة وورقان والمنبعث والازرق ومحسن النبال وابراهيم بن جابر وليسار وناقع ومرزوق كل هؤلاء اعتقهم عليه السلام فلما اسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء ان يردوا الى الرق فقال عليه السلام اولئك عتقاء الله لا سبيل اليهم واخرج عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم عن سليمان حدثنا ابو عثمان الهندي عن ابي بكرة انه خرج الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر اهل الطائف ثلاثة وعشرين عبدا فاعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفي مراسيل ابي داود فلما اسلم موالي القوم رد النبي صلى الله عليه وسلم الولاء اليهم وفيه محمول واخرج البيهقي مرسلا وقال ثم وفد هوازن الطائف فاسلموا وقالوا يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين اتوك فقال صلى الله عليه وسلم اولئك عتقاء الله ورد على كل رجل ولا عيل ع **قوله** ابتداء احتراز عن بقاء الرق فانه يبقى بعد الاسلام بعد بنوته بطريقه **قوله** عتق وبنوا باجماع الاربعة ولو استثناه لا يصح كاستثناء جزء منها خلافا لاحمد واسحق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين تحولهم مروي عن له ابن عمر وابي هريرة فانهم لا يجوزون عتق الجنين دون امه بعد نفخ الروح بل قبله وتعتق امه بعتاقه وقال ابو يوسف اذا خرج اكثر الولد فاعتقت لا يعتق هو لانه كالمنفصل في حق الاحكام حتى يقتضي العدة ولو مات في هذه الحالة ورثت بخلاف ما اذا مات قبل خروج الاكثر **قوله** ثم اعتاق الحمل صحيح عند الجمهور خلافا للظاهرية ولا يجوز بيع الام اذا اعتق ما في بطنها يجوز بيعها والفرق ان استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة **قوله** لما قدمنا من تملك الموضوع واما استحقاق ام الولد المعتق بعد لزوم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس وقد يقال هذا انما يرد نقضا لو كان عتق ام الولد تبعا للعتق فيها بالنص وهو ممتنع اذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقته رقه وليس كذلك لانه تعلق حر فلا يرتفع اصلا يحتاج الى الجواب بانه خرج بالنص على خلاف القياس وعلى هذا انما يعتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين اعتقه **قوله** والقدرة

على مامر التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه قوله على مامر في الخلع الحوالة تغيير رابحة فانه لم يذكره في هذا الكتاب والفرق بين هذا وذاك حيث يجوز اشتراط بدله على ابق ان العتق على مال معاوضة فانه يملك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية وذلك اي شئ نفيس لا يجوز اشتراط العوض الا على من يسلم له المعوض كما في البيع والاجارة بخلاف المرأة فانها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها لان ذلك كان ثابتا لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الاجنبي فاذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه وكذا البيع بطريق الكفالة لانه لا يجب على الحنين فكيف يجب على الكفيل وكذا الوقال للامة اعتقت مافي بطنك على الف عليك فتبلت فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر عتق بلا شئ لانه لا يجب لمولى الامة شئ بسبب غيرها قوله لاقل من ستة اشهر منه اي من وقت العتق فلو جاءت بستة اشهر فصاعدا منه لا يعتق الا ان يكون حملها قد ابين جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثم جاءت بالثاني لستة اشهر او اكثر او يكون هذه الامة معتدة عن طلاق او وفاة فولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة اشهر من وقت الاعتاق ح فيعتق لانه كان محكوما بوجوده حين اعتقه حتى ثبت نسبه وعلى هذا فرع الوقال مافي بطنك حر ثم ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة اشهر تجب دية الحنين لابيه ان كان له اب حر لانه حر وان لم يكن جب يكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يعتق الارش وان ضرب لستة اشهر فلا شئ عليه لانه عبده كذا ذكره قوله فيعتق عليه للتحقيق انه يعلق حرا لانه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة فانه يجب القطع لان ابرهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الاحر وفي المبسوط الولد يعلق حر ابن الماءين لان ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير فان ماءها مملوك لغيره فتحقق المعارضة فترجح جانبها انه مخلوق من ماءها يقين بخلاف الرجل ولذا الا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي من الاب ويثبت النسب منها بالزنا ويجد الملاعنة حتى يتوارثان دون الاب وكان الام اولى بالاعتبار عند التعارض اولا ستهلاك مائه بماءها لانه في موضعه ويزداد قوة ستهلا: منه او ترجح بالحضانة والتربية اولانه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض القراض ويعتق بعتقها ولا يستغني من بعيها والزوج رضي برق الولد حيث اقدم على تزوج جامع العلم برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا بخلاف المغرور فانه لم يرض بعدم علمه فلذا قلنا يعلق حرا في حقه فتجب قيمته قوله كما بتبعاني الملوكية والمرقوقية اورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما والرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جبرا استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو تمكن الانسان من التصرف فيه مالم يقم به مانع سلب الولاية على نفسه وهو عقله فاول ما يوجد الاسير يوصف بالرق لا الملوكة حتى يجوز بدار الاسلام فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص بالانسان وبالبيع يزول عنه ملك ولا يزول الرق وبالعتق يزول كل منهما لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فاعلم بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فتبين بهما انه يتبع الام في الخاص والعام ولذا اذا تولد بين الماكول وغير الماكول كالحمار الاهلي والحمار الوحشي يؤكل واذا تولد بين الوحشي والانسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به ولا اختلاف مفهوميهما تختلفان في الكمية في شخص واحد كالملان في القن ورق ام الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقها عن الكفارة والملك فيهما كالملك والمكاتب مكسبه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر ما اورد من ان الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان يندفع بان المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته وبالجملة

باب العبد يعتق بعضه

اذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض وسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله اصله ان الاعتاق يتجزى عنده يقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رح فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلما يعتق كله لهما ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثبات ما بالقوة ضد هو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان بيان ذلك ان قصارة الطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رح ان الاعتاق ابطال لقوة الله الملك وهو ازالة الملك كان الملك وحقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يحل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة الحق عنه

واستحصل ان الولد يتبع الام في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم امية الولد وفي النسب يتبع الاب وفي الدين يتبع خير الابوين دينا والله تعالى اعلم

باب العبد يعتق بعضه لاشتراك في كثرة وقوع عتق الكل وندر عتق البعض وفي ان ما كثر وجوده فالحاجة الى بيان احكامه امس منها لما يندر وجوده وان دفع الحاجة الماسة مقدم على الندرة فلذا اخر هذا عما قبله **قوله** اذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة يعتبر قيمته في الحال والاستسعاء ان يواجره فيأخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره في جوامع الفقه وصحح انه اذا امتنع عن السعاية فعل ذلك ان كان له عمل معروف وهو يفيد ان معنى الاستسعاء غير واما ان يصار اليه عند امتناعه فتكون الاجارة تنفذ عليه جبرا وظاهر ان هذا اذا عين مقدارا كربع كر حنطة فلو قال بعضك حر وجبرتك او شقصك او اشقص امرأتي او قال سهم منك حر فقياسه في قول ابي حنيفة ان يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبد ويسعى في خمسة اسداسه وقوله عتق ذلك القدر يعتبر بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فانه عند ابي حنيفة رح يتفق كلهم على خلافه في قوله وقالا يعتق كله فانه عن زوال الرق اي وقالا يزول الرق عنه كله ثم قال المصرح واصلان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني فيما اذا كان المولى واحدا وكان لشريكين والعتق موسرا واما اذا كان لشريكين والعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الاعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فثبت في البعض دون البعض والذي يقتضيه النظر ان هذا غلط في تحرير محل النزاع فانهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه فان القائل بالعتق اذا الاعتاق يتجزأ لم يرده بالمعنى الذي يرد به قائل انه لا يتجزى وموز وال الرق او ازالته اذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك او ازالته ولا خلاف في تجزيه فلا ينبغي ان يقال اختلف في تجزي العتق وعدمه او الاعتاق بل الخلاف في التحقيق ليس الا فيما يوجبه الاعتاق ولا بالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه غير ان زوال الرق لا يثبت الا عند زوال الملك عن الكل شرعا كحكم الحدث لا يزول الا عند غسل كل الاعضاء وعندنا يتجزء وهذا لضرورة ان العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع والنكاح جبلة ونفسه لا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعا فقط بعدم تجزيه والملك متجزء قطعا فلزم ما قلنا من زوال الملك عن البعض وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي وح فينبغي ان يقام الدليل من الجانبين على ان الثابت به او لا زوال الملك او الرق لانه محل النزاع والوجه ينتهض لابي حنيفة اما المغني فلان تصرف الانسان يقتصر على حقه وحق الملك ما الرق فحق الله او حق العامة على ما تقدم فيلزم ان الثابت بالاعتاق زوال الملك لو لا ثم يزول الرق شرعا اتفاقا او ازال لا الى مالك وبهذا اندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى اعتاقا وانما يلزم لو كان البيع والهبة اعتاقا فانه انما يلزم لو كان البيع والهبة يزولان لا الى مالك لان ذلك هو المسمى بالعتق لا ازالة الملك كيف ما كان واما السبع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق افاد تصور عتق البعض فقط فقول ايوب لا ادري اشيء قاله نافع او هو شيء في الحديث لا يضر لو ذا الظاهر

والاصل ان تصرفه يقصر على موضع الاضافة والعتق السابق مرفوع عدم التجزي والملك متجزئ كالبيع والهبة فيبقى على الاصل وهو السعاية لحياة بعض مالية بعض فصار كما لو اعتق عبد الشركة المكاتب عند ابي حنيفة لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت الملك في كله بقدر ما يمكنه فعملنا بالدليلين بازالة ما هو ممكن بدليل الكتابة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار بعضه لان المكاتب قابل للعتق بعض

وإذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه
نصف قيمته وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما
وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة ؒ

آخر والاستيلاء زوال ملك كذلك اعني ملك بيعها وهبتها والجواب اولا انه الحاق بالجامع لان عدم التجزي في الاصول لعدم التصور اذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلق ولا نصفها مستولدا ونصفها لا ولا استظهار نعم حق العتق فان القبل ثبوت حقه لا نصفه فحينئذ ثبت وهو معنى سقوط القصاص وليس عدم التجزي فيها لان الزوال لا الى مالك بل لاثر لكون الزوال الى ملك او لا اليه بخلاف زوال ملك الرقبة وهذا معنى قول المصنف وليس في الطلاق والعتق حالة متوسطة اي ليس فيهما الازدوال كليهما او بقاؤهما فاثبتناه في الكل اعني فاثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحا للمحرم وهو الحرمة فانه اجتمع فيها موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به واما الاستيلاء فتجزأ عنده حتى لو استولد بعض مدبره اقتصر على امهات المستولد يعتق عن جميع ماله ولولدات المدبر عتقت من ثلث ماله وانما كمل في العتق لانه لما ضمن نصيب صاحبه ما فساد ملكه من حين الاستيلاء فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزي ضرورة **قوله** واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق اي زال ملكه عنه فان كان المعتق موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق نصيبه متجزيا ومضافا وينفي اذا اضافه ان لا تقبل مدة اضافته الى زمان طويل لانه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما حرره فينبغي ان يضاف الى مدة تشاكل مدة الاستسعاء وان شاء ضمن المعتق قيمته اذا لم يكن باذنه فان كان باذن الشريك فلا ضمان عليه له وان شاء استسعى العبد فيها فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما في الوجهين اي في الاعتاق والسعاية وهذا كله عند ابي حنيفة رح هكذا ذكر في الاصل وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وان يدبره وعلمت حكمه ان يستسعى وان يكاتبه وهو يرجع الى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد على السعاية يؤاجره جبرا ويدل على ان الكتابة في معنى الاستسعاء انه لو كاتبه على اكثر من قيمته ان كان من النقدين لا يجوز الا ان يكون قدر ما يتغابن الناس فيه لان الشرع اوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الاكثر وكذا لو صالح على عرض اكثر او ان كان كاتبه على عرض قيمتها اكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لو ليس والتضمين اولى لانه انظر ولو لم يكن له ولي انتظر بلوغه لتخيار قيل هذا في موضع ليس فيه قاض فان كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيما ليختار التضمين او الاستسعاء وليس للمولى اختيار العتق لانه تبرع بمال الصبي وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب او عبد مأذون ليس لهما الا التضمين او الاستسعاء اما الاكتساب فان له ان يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة واما العبد المأذون فالقياس ان يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة فليس للمأذون ان يكاتب ولكن قال بسبب الاستسعاء قد تقرر موجب عتق الشريك على وجه لا يمكن الابطال وربما يكون الاستسعاء انفع من التضمين فانما ملك المأذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة امتثالا وامر واذا اختار المكاتب او المأذون التضمين او الاستسعاء فولاء نصيبهما مولاهما لانهما ليسا من اهل الولاء فثبت الولاء حيث يثبت الولاء وهو المولى ان لم يكن على العبدين فالخيار للمولى لان كسبه ملوك للمولى في هذه الحالة والتقدير ليوم الاعتاق فانه كان فيه صحيحا تام فيجب تمام قيمته صحيحا والمعتبر اعني يوم العتق فانجلى بياض حيضتين يجب نصف قيمته اعني لانه حال ثبوت سبب الضمان ذكره المعتبر اليسار والاعسار وقت العتق فان كان موسرا وقت التضمين فاعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فايسر لا ضمان ولو اختلفا في قيمته يوم اعتقه فان كان العبد قائما نظر الى قيمته يوم ظهر العتق حتى اذا لم يقيما او قاما على العتق فيما مضى يقوم للحال لان العتق حادث فيحال على اقرب اوقات ظهوره ولذلك ان اراد

وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد بشيء وهذه المسئلة تبتنى على اصل ذكرناه في الاعتاق وهو ان عند ابي حنيفة الاعتاق يتجزأ والثاني ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عندهما خلافا لابي يوسف والثاني قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر تم والقسمة تنافي الشركة

ان يستسعى العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الشريك بل انت موسر نظر الى حاله يوم ظهر العتق اما لانه كالمنشئ للعتق في الحال او لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى بحكم الحال فان كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعي اليسار فيما مضى وان كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى وهو كالمستأجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا في جريان الماء في المدة بحكم الحال ولو تصادقا على ان العتق كان سابقا عليه في مدة قد يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في انكار يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق يوم اعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا لان يعيره ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد انه ان قضى القاضي له بالضمان او رضي به المعتق فليس له ان يستسعى الغلام بعد ذلك والا فله قيل ما ذكر في الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل في المسئلة روايتان ولو مات الساكت قبل ان يختار شيأ فلورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذي اوجب الخيار للمورث ثابت في الورثة فان شاءوا اعتقوا وان شاءوا استسعوا العبد وان شاءوا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان اليهم يملك نصيبهم حكما كان تملكا بالاداء الى المورث وان اختار الاعتاق والاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للمذكور من اولاد الميت دون الاناث لان المعتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فحق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه في ذلك المذكور من اولاده دون الاناث اذ الولاء لا يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم قام فيما ورث قائم مقام الميت وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس لهم ذلك الا ان يجتمعوا على التضمين او الاستسعاء قال في المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك الا بالارث فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذي يقدم لا ثبت لهم بالاعتاق ابتداء ولكنهم خلفاء الميت ليؤدوا ما عليه وليس للمورث ان يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض وكذا الورثة ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل ان يختار الساكت شيأ فله ان يضمن المعتق قيمة نصيبه لان كان موسرا وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه وليس له ان يقرر الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين معلق بشرطين وان يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية ان وجوب الضمان عليه كالاعتاق لان السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان بمنزلة النصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان تضمينه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك بخلاف ما لو باعه نصيبه او وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان هذا تمليك للحال وهو غير محتمل له وفي جامع قاضيخان لو اعتق احد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان المعتق من تركته في قول ابي حنيفة رح بل يسقط لان الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت وعندهما يؤخذ لانه ضمان اتلاف وانما عرف استسعاء العبد عندهما بالنص بخلاف القياس **قوله** وقالا ليس له اي للساكت الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق قال المصنف رح وهذه المسئلة تبتنى على عرفين احدهما تجزي الاعتاق عندهما

وتمامه في شرح الجامع الصغير قال فلو ان رجلا كسا ابيض الريح ثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى اصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه

وعدمه عندهما فيسعى فوجه مر يون وتقدم بيانه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لما فيه ان جميع النصوص التي ظاهرها تجري الاعتاق كقوله فقد عتق منه ما عتق وحديث فعليه خلاصه في ماله وقوله عليه السلام من اعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمته عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله ان كان هو موسرا في الصحيحين وكذا ما انفرد به البخاري عن مسلم من اعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث ابن الليث عن ابيه ان رجلا اعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك واجاز عتقه رواه احمد وابو داود وزاد زين في ماله وفي لفظ موحر كله ليس لله شريك وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كما تقيد ان الحكم الثابت عند يسار المتقوم ليس غير ولذا اختار الطحاوي قولهما ووجهه انه قسم عجل الحكم عند يسار تضمينه وعند اعسار الاستسعاء والقسمة تناسب في الشركة واستدل لابي حنيفة رح بقوله اذا ابى الساكت احتبس على البناء للفاعل مالية نصيبه عند البعض فلان لتضمينه وان وقع احتباسها عند غيره اختيارا منه كما اذا هبت الريح فالقت ثوب انسان في صبغ غيره فانصبغ فان لصاحب الصبغ ان يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان او معسرا لما قلنا الا ان العبد فقير فيستسعيه فيأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد ان تضمين المعتق على خلاف القياس لانه اذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين المعتق من غيره وهذا لانه وان حصل افساد نصيبه بعتقه الاختياري لكنه تصرف في ملك نفسه فصار كما اذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره وادور وعليه انه معارضة للنصوص بالتعليل فانها اوجبت السعاية اذا كان المعتق معسرا لا اذا كان موسرا واجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فحينئذ يلزم نفي الاستسعاء عند نفي الاعسار فجاز ان يثبت عند عدمه اضعاف بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا اورده شارح واجاب والتحقيق في ايراده ان النصوص قسمت فاعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الاعسار وحينئذ فرق ذلك الجواب وقد اجيب ايضا بنحوه وهو ان القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضي الوجود عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع ان القسمة تناسب الشركة مطلقا بل ذلك اذا لم يكن بشرطين بل بشرط واحد مشتمل قوله عليه السلام واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد وليس بشيء اذ لا اثر للتقدم والشرط ووجدته في اختلاف حكم القسمة وفي الكافي جعل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا ولا يخفى ان هذه القسمة كما يفيد نفي الضمان لو كان فقيرا تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التي تفيد بها ذلك الافادة فان قيل فمن اي وجه افادت القسمة نفي الشركة فالجواب انه لما عطف فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا في ان المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غير وهو غاية ما يمكن ان يقال ان اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه اذا كان على خلاف الدليل الظاهر وذلك ان الدليل وهو الاحتباس يقتضي قصر الاستسعاء على حق الشريك سواء كان موسرا او معسرا فلا يجوز تضمين المعتق

فبين الشارع موضع مخالفته وهو التقويم في صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيهما لان الدليل منصوب عليه وبهذا الدليل وقع وجوب الاستسعاء مقصورا فبقي القصر وبقي جوازه ولا يخفى ان في هذا تعليل معارضة الدليلين لانه في قصر الجواز على الاستسعاء اقل منه في بقاء اصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما امكن وتحقيقه ان النص ورد مخصصا للقياس اذ بين شرعية التقويم مع اليسار تعيين الاستسعاء وانما هو في غير ما اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بنفس التصرف في المحل اما اذا كان وله قدرة على اتمامها وجب كالشروع في صوم التطوع خصوصا وعدم اتمامها يوجب القضاء بالآخرة وهو العبد بخلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه من القربة وانما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من ان الاستسعاء عنده هما على خلاف القياس في صورة الاعسار بناء على انه ضمان اتلاف وهو بعيد عن التوجيه فلا شك في ان عتق ما يملكه مشروع وجاده والاتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان فدت ماليته باقي العبد كمن هدم داره فانهدم داره غيره فالحق ان القياس ليس الا الاستسعاء والنص خصصه وفي المسئلة قول الثوري والليث ان الساكت بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن ولا سعاية اصلا وسبب هذا القول اعلالهم لفظ السعاية في حديث ابي هريرة قال النسائي اثبت اصحاب قتادة وشعبة وهشام الدستوائي وسعيد بن ابي عروبة وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن ابي عروبة يعني في ذكر السعاية قال وبلغني انهما ما رووا هذا الحديث بجعل الكلام الاخير وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة قال عبد الرحمن بن مهدي احاديث هشام عن قتادة اصح من حديث غيره لانه كتبها املاء وقال الدارقطني سمعت ابا بكر النيسابوري يقول ان احسن ما روى هشام وضبطه فصل قول النبي صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن ابي عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعل الاستسعاء من قول النبي صلى الله عليه وسلم واحسبها وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام قال الخطابي اضطرب سعيد بن ابي عروبة في السعاية فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها فدل على ان ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام من اعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاءهم حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر فان سعيد بن ابي عروبة من الاثبات في قتادة وليس هو بدون هشام عنه وقد تابعه جماعة على ما ذكر الاستسعاء ورفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وهم جرير بن حازم وابان بن يزيد العطار وحجاج بن ارطاة ويحيى بن صبيح الخراساني وقال الشيخ تقي الدين وقد اخرجه الشيخان في صحيحهما وحسبك بذلك يعني برفعها الاستسعاء وفي المسئلة مذاهب اخرى ضعيفة جدا منها انه لا يعتق شيء اصلا ولو باذن الشريك وانه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكية وان التقويم وان كان ميسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسي وانه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول ابن سيرين **قوله** ثم المعتبر لليسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمته نصيب الساكت وهو ظاهر الرواية وهو قول الشافعي ومالك واحمد وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن لا يسار الغنى اي الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشائخ لان تيسار التيسير لتعديل النظر من الجانبين جانب العتق وجانب الساكت لان مقصود العتق القربة وتيسرها بضمانه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لانه اسرع من الاستسعاء فكان باعتبار نصاب التيسير اسرع في تحقق مقصوده فوجب وهذا في الحقيقة تعليل النص والا فحق النص اوجب الضمان عند مجرد

ولما الترجيح على الاختيار الاعتاق فيقوم ملكي في الباقي لانه تخيير بين الشيئين لان الشيء يكون مخيرا بين شيئين حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتدبير ولا يستسعى العبد لان الخيار يمنع تمام سبب السعاية كما يتم سبب الكسب بالاذن للعبد في التجارة ولكنه لا يستعمل فكان للمولى ان يعتقه ولكنه لا يملك باداء الضمان فصار كالكسب لم يتم سببه فلا يتم الا بالاعتاق وقيد بقوله ان شاء اعتق بعضه فلان يعتق الباقي اذا يستسعى ان شاء لان الاعتاق مخير فيه لان الواجب احد الامرين لا بعينه وقيد بقوله ان شاء لانه ان شاء استسعى العبد في الحال واعسار المعتق ان شاء اعتق لتمام ملكه وان شاء استسعى العبد والاولى في الاختيار كان المعتق موسرا او معسرا وقيد بقوله ان شاء لانه ان شاء لم يستسع العبد في الحال بل يؤخره الى وقت يساره او يعتقه عن السعاية او يدبره او يكاتبه او يتصدق به او يتركه على ملك المعتق اذ الاداء عليه ليس لهم بحلول الوجوب اذ العتق لا يتجزأ عن ملك المعسر كما يأتي في قوله ولا يتجزأ الاعتاق ان شاء الله تعالى وقيد بقوله يسعى في قيمته لانه لو اعتق نصيبه ثم ملك نصيب شريكه لا يسعى في قيمة نصيب الساكت على ما سيأتي وقيد بقوله ولا ولاء له لان الولاء للمعتق كما سيأتي ان شاء الله تعالى وقيد بقوله يسعى لانه لا يتبع الباقي بشيء بعد السعاية لان الكسب لا يستسعى لانه لا يتبع الباقي بشيء حتى يحتاج المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالية والضعف السالب لها في شخص واحد

لكسبه قيمة الخدمة لانه المراد بقوله عليه السلام وكان له مال يبلغ ثمن العبد باتفاق المتكلمين عليه **قوله** ثم التخريج على قولهما اي تخريج تفصيل المسئلة على قولهما فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد باتفاق لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار فلم يكن الضمان منقولا اليه كما وجب على العبد بل هو شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره واما جعله الولاء كله للمعتق للخدمة فلان المعتق كله من جهته لعدم التجزي فكان اعتاق نصيبه اعتاقا له وليس في حالة اعساره حرا عندنا واما التخريج على قول ابي حنيفة فلانه اثبت خيار الاعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي بأن الاعتاق متجزئ عنده فلا يتبع الباقي عتق المعتق نصيبه والتضمين باجراء خيار التضمين للمعتق لان المعتق جان عليه باضافة نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك من الوصية والصدقة والاجارة والاعارة والاسترهان والاستخدام ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وقوله والتدبير والاستيلاد والكتابة وقوله والاستسعاء باجراء عملنا على التضمين اي واثبات خيار الاستسعاء لما بينا من انه احتبس مالية نصيبه عنده وانما يرجع المعتق باضمن على العبد لانه قام مقام الساكت لانه ملكه بادائه الضمان من وقت الاعتاق فصار كالساكت والساكت ولاية الاستيسار فكذا من قام مقامه صار كالغاصب اذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فانه يرجع على القاتل لانه ملكه بالضمان وللساكت التضمين فكذا للغاصب ولانه بذلك يصير كعبد خاص به اعتق بعضه فله عتق الباقي واستسعاؤه وقوله ضمنا جواب عن سؤال هو ان مستحق البعض كالكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك الى ملك فاجاب بان ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند ابي حنيفة لانه تمليك قصدا ولا يلزم من عدم الثبوت قصدا عدمه ضمنا والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته لانه ملكه بالضمان فاية ان بعضه بدل وهو لا يمنع الولاء واما ما في حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا من احتباس ملكه والولاء له اي للساكت اي مشتركا بينه وبين المعتق في الوجهين اي في الاعتاق والاستسعاء فلا يرجع المستسعى على المقول اي العبد على المعتق لبقي باجماع بيننا خلافا لابن ابي ليلى فانه يرجع عنده على المعتق اذا اليسر وانما لا يرجع بالاتفاق اما على قوله فانه يسعى لفكاك رقبته واما على قولهما فلانه لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء على المعتق اذا كان معسرا بخلاف العبد المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبته قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلذا يرجع على المعتق اذا اليسر ونظير الاولى ما اذا اعتق امته على ان تزوجه فابت فسعت في قيمتها وهي حرة وكذا لو اعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند زفر يجب عليه قيمة الجارية بخلاف المريض اذا اعتق عبده فانه يسعى وهو رقيق لان تصرف المريض بالاكمل لنقص موقوف عنده وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب وبهذا قال الشافعي وجهه عنده انه لا وجه لتضمين الشريك لاعسار ولا لاستسعاء العبد لانه ليس بجان ولا راض به ولا لاعتاق الكل لانه اضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا نختار انه يستسعى قوله غير جان الخ قلنا لا يفتقر الى الجناية بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صنع المنتهب المطارد وقد يتمسك له بما روي من الزيادة في قوله فقد عتق منه ما عتق ورق مارق ويدفع بانها كما قال اهل الشان ضعيفة مكذوبة ولو ثبتت لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجازا لامتناع انصراف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالية والضعف السالب لها في شخص واحد

قال (وإن شهد كل واحد من شريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن كانا موسرين ضمن كل واحد منهما نصف نصيبه وإن كانا معسرين فكل واحد منهما يستسعى في نصيبه وهو عبد عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يؤدي لأن المستسعى كالمكاتب وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا ضمن الموسر نصف نصيبه وسعى العبد للمعسر في نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الموسر نصف نصيبه ويستسعى العبد في نصيب المعسر وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا ضمن الموسر نصف نصيبه وسعى العبد للمعسر في نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الموسر نصف نصيبه ويستسعى العبد في نصيب المعسر وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا ضمن الموسر نصف نصيبه وسعى العبد للمعسر في نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الموسر نصف نصيبه ويستسعى العبد في نصيب المعسر

والحق أنه لا احتياج إليها بل يقوله عتق منهما عتق كفاية فإنه إذا لم يبق للآخر إلا الكل فإن لم يلزم بقاء الباقي رقيقا يلزم بقاؤه مملوكا والملك يوجب الطلاق للتصرف والجواب أن ما في حديث أبي هريرة المتقدم من قوله فعليه خلاصته في ماله إن كان له مال وإلا استسعى غير مشقوق عليه يوجب استسعاء فلا اعتراض على الشارع مع أن وجهه ما قدمناه ثم اعلم أنه نقل عن بعض العلماء أن الذي في صحة رواية الاستسعاء أن المراد به على تقدير صحتها أنه يستسعى إن اختار ذلك وإن هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه والأوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله ليس لعرق ظالم حق فإنه يفيد تخيير العتق كله كما قالا أو عدم تقرره وهو الأولى وإذا لم يقرر الضمان على المعسر لزم الاستعاء والإبطال حقه مجانا جبرا يفعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستعاء بلا جناية ثابت كما في العبد المرهون إذا أعتقه سيده المعسر فإن الشرع اضطره إلى فكاك رقبته حيث حكم وله ولاية الإيجاد والإعدام بنفاذ عتق ذلك القدر والإلقرار الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه وللشافعي قول آخر هو كقولهما في اليسار والإعسار واختاره المزني من أصحابه قوله (وإن شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كان أو معسرين عند أبي حنيفة وعتق وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار العبد بذلك مكاتبا له أي في حكم المكاتب ويزعم أنه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيضمن من استرقاقه ويستسعيه إن شاء أو يقتله فإن تيقنا بحق الاستعاء كاذبا كان في دعواه عتق الشريك أو صادقا لأنه مكاتبه إن كان صادقا ومملوكه إن كان كاذبا فلهذا يستسعيه إذا في الصدق فظاهره إذا في الكذب فلتمكن الإمكان من أمر عباده أن يسعى ويؤدي بأكسابه ولا تخليف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه أي حق كل منهما في الحالين حال يسار الآخر وإعساره في أحد شيئين السعاية أو التضمين الآن في اليسار حقه في أحدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الإعسار حقه في أحدهما عينا وهو السعاية وهذا لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عند أبي حنيفة وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك الإعتاق وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لأنه فرد يشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهما على الآخر أنه أعتق لم يقبل للمعتق الثاني فإنهما شهدا بحق التضمين أو يشهدان لعبدهما وإنما اشتبه ما اشتبها في المسألة المذكورة بإعتراف كل منهما على نفسه بجريمة استرقاقه ضمنا لشهادته فتعين السعاية وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدي لأن المستسعى كالمكاتب وأورد أن التضمين غير متعذر لأنه لما أنكر يحلف فإن نكل جاز التضمين واجب بأنه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذي أعتقه يحلف ولا يجب الضمان خلافا فإنه يحلف في التخليف لأن المال يؤدي إلى السعاية وهذا صريح في أنه لا تخليف في المسألة وح لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا فإنه يجب أن يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله أي تعيين استعاء كل منهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلا يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استعاء كل منهما للعبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو يكذبه فإن هذا ليس حكمها إلا الاستعاء أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراد نصيبهما استقاوت فترافعا أو رفعهما أو جنبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق لأن كلا لا يقول إن صاحبه

على ابي يوسف وعلى ان كانا موسرين لا سعاية عليه لكل واحد منهما ابراء عن سعاية نصيب صاحبه على ما بيناه كما لو كان يسار المعتق يمنع السعاية ابتداء لان الاداء كما يثبت الاعسار والعجز والفقر يثبت السعاية بين شركاء على ما نبين كانا معسرين سعى كل واحد منهما على السعاية عليه ما كان وان كانا موسرا فالعتق موسر وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعسار وانما يدعي عليه السعاية وكل منهما يبرئ عنه ولا يسعى للمعسر لانه

مع اليقين بالسقوط كيف يقضى به بوجوب الكل والجهالة المانعة من القضاء بالسقوط ترتفع بالشيوع اى شيوع النصف الذى حق فى نصيب الشريكين او توزيعه عليهما فصار المقضى عليه بالسقوط والمولين فلا جهالة فى المقضى عليه وانما يلزم لو قضى على احدهما غير معين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم اولويته احدهما بالاسقاط وكون التعيين فى نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما فى كتاب البيوع فى عشرة رجال لكل منهم جارية اعتق احدهم جاريته ثم صار لا يدرى المعتق والمعتقة ثم اجتمعت فى ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتق من شئت من كل واحدة فى تسعة اعشار قيمتها وصار كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان فى الاول والثانى فان العتق يسرى عند الكل فى الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى فى قيمة نصفه للضرورة وقد مر متعرا لانه اذا لم يمت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعى فى انه يقترع بينهما فى قول وفى قول الوارث يقام مقامه فانه اثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة عندنا فى الثانى واسقاط جميع حق المستحق فى الاول واسقاط بعضه للضرورة امر وقيل ان الجهالة فى المقضى عليه لا يمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما بدليل ان من طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر عليهما مع ان المقضى عليها منهن مجهولة لكن لما كان المقضى لها معلومة جاز القضاء كذا هنا المقضى له هنا معلوم وهو العبد هذا اولا يخفى ان من صورة المسئلة ان يتعاقب ثبوت الملك لكل الى آخر النهار قوله ولو حلف على عبدين الخ يريد ان يفرق بين السابقة وبينه وبين ما اذا حلف كل من رجلين على عبد واحد وبين هذه وبين ما اذا حلف كل على عبد لغير الآخر فقال احدهما ان دخل فلان غدا فعبدى حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان غدا فعبدى حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه لم يعتق واحد منهما ولا شئ منه فى قول الكل لان المقضى عليه يعتق عبده وهو احد المولين مجهول والمقضى له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث احد المالكين لان كلا منهما يزعم انه يبيع عبده وزعم المشترى فى العبد قبل ملكه لغير معتبر كما لو اقر بحرية عبد مولاه ثم اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتماعا فى ملكه عتق عليه احدهما لان زعمه معتبر الآن ويومر بالبيان فان المقضى عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاولى هو معلق بوجود شرطا الثانية وبالثانية صار معلقا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان احدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك فى مثل قوله ان لم تدخل فعبدى حر بخلاف ما اذا لم يكن دخل فانه يستعمل المضارع فى الدخول وعدمه فى الماضى لتحقق الدخول فيه حقيقة شرطه ظهورا انه لم يدخل فى الماضى وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن ابى يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار معلقا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية بل يوجب اقتران نزول الطلاق قوله واذا اشترى الرجلان ابن احدهما يعقد واحد بان خاطب البائع الاب والآخر منهما بان قال اشتريت هذا العبد بكذا فقبلا عتق نصيب الاب لانه ملك شقصا من ابنه فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيأ ولو كان موسرا سواء علم الشريك انه ابن الآخر او لم يعلم ولكن يسعى العبد فى نصف قيمته لشريك ابيه ان شاء وان شاء اعتقه

وعلى هذا اذا اشترى رجلان واحد احدهما حلف بعتقه ان اشترى نصفه لها انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء قريبه اعتاق وصار كما لو كان الاب بين ابنين فاعتق احدهما فعليه السعاية وكذا اذا مرض فاشترى نصيب صاحبه صح شراؤه وكان اعتاقا عنه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان الشراء القريب اعتاق حتى يخرج به من عهدة الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر الرواية لهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه

هذا عند ابي حنيفة واجمعوا انهما لو ورثاه لا يضمن الاب وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك واحمد رح لعدم التضمين امكان مسئلة ولفظ الحديث اعني قوله عليه السلام من اعتق شركا له الخ يفيد كون العتق اختياريا وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته موسرا ولا يكون معسرا حتى لا يسعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة معا او صدقة او وصية وعلى هذا الخلاف ايضا اذا اشتراه رجلان احدهما يعتق نصفه ان اشترى اما لو حلف بعتقه ان اشتراه لا يعتق لانه لم يوجد الشرط وهو شراء كله لهما انه اي الاب ارتكب نصيبا صاحبه بالاعتاق الاختياري لتربته على الشراء وهو اختياري وشراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه ولان شرط التضمين مع العتق الاختياري ان لا يكون برضا من له حق التضمين ولهما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كذا ان رضيا باعنا ونصيب نفسه فلا يضمنه فصار كما اذا اذن له بالاعتاق صريحا وعلم مما ذكرنا ان المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان اعتاقه يثبت اختيار الشراء انه يخرج به من عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها وبخلاف بالوقال احد الشريكين للآخر ان ضربته فهو حر فضربه فعتق نصيبه فان له ان يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرة شرط العتق رضا بالعتق لان وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قولي الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الايجاب في البيع لانه مباشرة العلة لان العلة هو العقد وكل من باشره فهو مباشر علة العتق ولو قيل سلمنا انه ليس بعلة اليس انه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا فلنا الاشكال ان له تاديب عبده اذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضرر لا يلتزم بالزامه اياه فخلفه عليه ان لا يضربه ظلما منه فلا يصح ان يقال ان لم يلتزم يبطل حقه في التضمين لكنه يقتضي انه لو قال ان ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه واطلاق الجواب خلافه واما ما اورد في منع ان مباشرة العقد رضا لانه ضرر والعاقل لا يرضا به ولان وضعه لاثبات ملكه لا لزواله فمدفوع بالضرورة لان من علم ان عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بانه رضا منه بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه اثبات ما يترتب عليه وللعاقل في ذلك اغراض صحيحة دينا ودنيا من استفادة المدح والولاء وقد يكون قيمته اكثر من الثمن واخروية من الاجر لا يقال رضاه الاب بالشراء رضا بالاعتاق والرضا بالاعتاق رضا بالضمان وابو حنيفة رح يثبته اذا كان العتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه لانا نقول كونه رضي بالضمان لا يوجب امكان تضمين الآخر له الا اذا لم يكن رضي باعتاقه كما ذكرنا واما ايراده على قولهما هكذا الاعتاق لا يتجزى على قولهما فاعتاق البعض اعتاق الكل ولا يمكن اعتاق الكل الا بتملك نصيب الآخر ولا يملك الا بالضمان والجواب انه تملك ضمني فلا توجه له هنا قوله وهذا ضمان افساد جواب عما يقال كونه رضي باعتاق شريكه لا يوجب اسقاط الضمان كما لو استولد الامة باذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان افساد ووجهه ان الضمان في العتق ضمانان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه ذلك ضمان الاستيلاد فلو استولد احد الشريكين الجارية باذن شريكه لا يسقط ضمانه ومن حكم ضمان التملك ايضا انه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لان وضع الاستيلاد وطلب الولد وهو يستدعي التملك فاستغناه وضمان الاتلاف وهو ضمان الاعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لانه لا جناية في عتق الانسان بايملكه سبحانه حتى يثاب عليه ثم يفيد به نصيب الشريك فصح ان يقال ضمان اتلاف وضمان افساد وان لم يكن عليه اثم

فإن أعتق نصفه ثم اشترى نصفه لا يضمن لأنه كما هو موسر فكذا جنى الخيار إن شاء ضمن لأنه هو موسر فيما اشترى نصفه كما شاء ضمن لأنه موسر في نصف حقه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما خلافا لأبي يوسف وهو موسر في النصف الذي اشتراه فكذا له أن يضمن إذا كان موسرا ومعناه إذا اشترى نصفه موسرا وهذا كله فإن ضمن بنى على ما ذكرناه وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبر أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فإن شاء المدبر ثلث قيمته قنا وإن شاء ضمن المعتق ثلثي قيمته قنا وإن ضمن المعتق علت عتقه على عتق المدبر لأنه يضمن العبد الذي ضمن وهو المدبر إلى حقيقة وقالا العبد كله للذي دبره أولا مرة ويضمن للثاني قيمته لمشتريه موسرا وأصل هذا أن الشريك إذا تحرى عن نصيبه لا خلاف أنها كالإعتاق لأنه شبعة من شعبه فكون حرا به وإن كان متحريا لم يعتق عن نصيبه وقد فسد بالتدبير فيكمل في الكل وأحد هذا أن يكون نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعي العبد أو يترك على حاله لا نصيبه بل على ملكه فاسدا لفساد شريكه حيث سعت فيه طرق لا شتغاله به بسبب فاسد على ما وقاذ الخيار لوجوب حقه فيه وسقط الخيار لأجل توجه المساكت سببا صالحا فإن تدبير المدبر راعتاق عن العتق غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لأنه هو الأصل فوجب أن يعتبر أصلا وضمانا أصليا وإنما كان كذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل بسائر الصلات بخلاف التدبير ولا يمكن ذلك في الإعتاق لأنه عند ذلك سكنت إلى استحقاق الأحرار فلا يبقى بعد حق يقبل الانتقال فلهذا لم يضمن المدبر ثم المدبر إن ضمن المعتق ثلث قيمته من قبل أنه أفسد عليه نصيبه من وجه والضمان يتقدر بقيمة المتلف

في هذا الإفساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا أثم به أما وقع العتق فليس مقتضاه لزومه ثم كون ضمان الإعتاق ضمان الإتلاف ظاهر الرواية عن علمائنا وتختلف باليسار والإعسار بالنص بخلاف القياس وقد اختلف الجواب بين حكم الشريك لا بنيته وعدمها وروي عن أبي يوسف رحمه الله ضمان تملك فلا تختلف باليسار والإعسار وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالما بالابنية فلا يضمن الأب أو غير عالم فيضمنه لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالما وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لأن المسقط لحقه في التضمين مباشرته بسبب إسقاطه فلا تختلف بعلمه وجهله كما إذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب والنظير المذكور في الكتاب ما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر به حالة فإنه ليس له أن يضمن الآكل إذا علم مستقيم القياس وإنما قلنا على خلاف القياس لأن القياس أن لا تختلف ضمان الإتلاف باليسار والإعسار ألا يرى أن من أتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا فإن قلت قد أسلفت أن القياس ليس إلا الاستسعاء لأن العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو التضمين للإتلاف قلنا قد سلكت في القياس ما هو على الوجهين المذكورين ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا ثبت له عليه وكل منهما غير صحيح في نفس الأمر لفرض ورود النص على خلاف اطلاق مقتضاهما من الاستسعاء دائما والتضمين دائما وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص أو خفي عليه والقياس الصحيح هذا هو الذي هو على من شرع في صوم التطوع أو صلاته قادرا على اتمامه حيث يجب عليه اتمامه فإن لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع إليه **قوله** وإن بدأ بالأجنبي فاستسعى نصفه ثم اشترى الأب النصف الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب قيمة نصيبه لأنه مارضي بافساد نصيبه لان دلالة ذلك ما كان إلا قبوله البيع معه وهو منتف هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا أنه يضمنه فإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبي حنيفة وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا الخيار له أي للأجنبي بل يتعين التضمين على ما مر من أن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما **قوله** ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة للبيع وقالا إن كان موسرا يضمن ومعناه إذا اشترى نصفه من مالك كله والوجه قد ذكرناه وهو أنه لما باعه منه فقد رضي بعتق نصيبه والرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه وإلا فهو لم يذكر أن البيع يمنع عليه رضا بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضى يمنع **قوله** وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فإن أراد كل من الساكت وهو الذي لم يعتق ولم يدبر الضمان وهما المراد بقوله فإن أراد الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمة العبد قنا وليس له أن يضمن المعتق شيئا وإذا ضمن المدبر أثبت رجوعه على العبد أنشأ رجوعه على وزان ما تقدم فيما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصة فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبي حنيفة وله أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن إياه عنه ثلثه قنا وهذا كله عند أبي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره أولا ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا وأصل هذا الخلاف أن التدبير تحريري عند أبي حنيفة خلافا لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعب العتق إذ هو عتق مضاف فيكون معتبرا به ولما كان التدبير تحريريا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين حيث امتنع على كل منهما البيع ونفي عناه من الهبة والوصية

هنا

وقيمة المدبر تسلم للساكت قيمته قنا على ما قالوا

والصدقة والاجارة وتثبت لكل منهما خمس خيارات ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره فتوجه للساكت وهو الثالث الذي لم يعتق ولم يدبر سببا لضمان احدهما تدبير المدبر الذي افسد عليه ما افسد فالآخر عتق هذا المعتق فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق بالعبد خروجه الى الحرية بالسعاية فلم يتضمن غير ان الساكت لم تضمن المدبر ليس غير ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل في الضمان لان بتبديل جانبا الضمان والمضمون له فانه لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة ان يملك معطيه وهو الضمان ما دفع بدله فحيث امكن هذا لا يعدل عنه ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على اصلنا خلافا للشافعي من حيث جعله ضمان اتلاف فاذا جعل الضمان فيما هو حد وان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التدبير ونحوه اولى وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم ضمان جناية والدليل على اعتبارهم اياه ضمان جناية ما في قاضيخان لو غصب عبدا فابق وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب ان يبيع العبد مراجحة على القيمة التي اداها والمراجحة مخصوصة بالعاوضات المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده اكتسابا ثم ابق ولم يرجع حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند اداء الضمان وصاحبان على ذلك صحة اقرار المأذون بالغصب في الحال طمعا ان اقراره بالاتلافات موجب الى ما بعد العتق وانما وجب ان لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما امكن وجب ههنا لانه ممكن لكونه اي نصيب الساكت قابلا للانتقال من ملك الى ملك في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا لضمان المعاوضة لانه اي العبد عند ذلك مدبر وفي بعض النسخ حر او مكاتب على اختلاف الاصلين ولا بد من رضى المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف غير مستقيم لانه عند الاعتاق ليس حرا ولا مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك وكذا المستسعى عند ابي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم ان لا يكون ضمان معاوضة اذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان افساد فلهذا يضمن الساكت المدبر ليس غير ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما افسد عليه نصيبه مدبرا فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما افسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبر الشريكين فاعتقه احدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يملكه بالضمان قوله قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرون دينارا ضمن له ستة دنانير لان ثلثيها وهي قيمته المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة قوله على ما قالوا طريقته في مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك لبعينه وبدله وفات الثاني دون الاول وقيل تقوم خدمته مدة عمره حذرا فيه فما بلغت فهي قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية بدل والبدل وانما زال الاخير فقط والبيع مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا ان الواجب يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيع هذا فاتت المنفعة

ولا كيفية قيمة ساكله بالضمان من جهة الساكت كان ملكه ثبت مستندا وهذا ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر
في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا لان الثلث للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار

المذكور كم تبلغ فما ذكر فهو قيمته وهذا حسن عندي واما قيمته ام الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء
قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمته خدمتها مدة عمرها على الخلاف المتقدم والوجه ان يقال مدة عمر احدهما منهما ومن مولاها
وقيل بسيال اهل الخبرة ان العلما لوجود ابهما على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر بقيت الرقبة **قوله**
ولا يضمنه اي لا يضمن المدبر المعتق قيمته بالملكه بالضمان من جهة الساكت وهو ثلثه فما فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته
لتمام ثلثها وثلثها مدبرا لان ملكه فيه اي في ثلثه فما ثبت مستندا الى وقت التدبير وهو ثابت من وجه وهذا بالنظر الى حال
اداء الضمان دون وجه وهو بالنظر الى الحقيقة حال التدبير فلا ينظر في حق التضمين بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق
واستكمل بها اذا اعتق احد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فانه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا اجيب بانه لما
انتقل نصيب الساكت اليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق اما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا
ليس للقائم مقامه وهو المدبر ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه ولا يخفى ان هذا لا يدفع الوارد على
قوله ان الملك المستند لا ينتقض سببا للتضمين اذ قد ثبت التضمين به للعبد غير ان المدبر وجد فيه مانع منعه وهو قيامه مقام الساكت
الذي لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه ان يقال من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لانه بالضمان له قائم مقامه وليس له ان يضمن
المعتق وذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه بخلاف ثلث نفسه اعني ثلث المدبر فانه لم يقم فيه مقام احد ويمكن ان يدفع ورود اصل
السوال بان الكلام في ان الملك المستند لا ينقض سببا لضمان مفسد كالعتق المفسد باعتاقه ملك المدبر في نصيب الساكت والرجوع على
العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لان العبد ليس مفسدا شيئا قبل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت ان يضمنه
فكذا من صار الملك له وقام مقامه واعلم انه لو لم يعتق المعتق الا بعد اداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من
ثلث قيمته عبدا مع ثلثه مدبرا لان الاعتاق وجد بعد التملك المدبر بنصيب الساكت فالتضمين كل ثلث بصفته كذا علله الوجيه
على هذا ان يقال في اصل التعليل ليس له ان يضمن المعتق ما ضمنه لانه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وان يدفع الوارد ايضا
لانه ظهر ملكه حال العتق باداء الضمان مستندا ويحتاج الى تتميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الاعتاق من وجه دون وجه ويعود السوال ان العتق
احد الشريكين يدفع بما ذكرنا من عدم ورود هذا واورد الطلبة على هذا انه ينبغي ان يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لانه حين ملك ثلث الساكت
بالضمان صار مدبرا لا قنا ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لانه صار كانه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا يتم الا بمنع كون الثلث الذي
ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه اذ لا موجب لصيرورته مدبرا لان ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير تجدد
وذكر هو ايضا في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج اليه اذ يكفيه انه على ملكه حين اعتق الآخر واداء الضمان وانما لم يكن ولاؤه له
لما ذكرنا من انه ضمان جناية لا تملك **قوله** والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار
فان احدهما ثلثه كان نصيبه بالاصالة والآخر تملكه باداء الضمان للساكت فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف المعتق فانه وان كان
له ثلث اعتقه وثلث اوى ضمانه للمدبر ليس له الا ثلث الولاء لان ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان اتلاف ولما ذكرنا من ان

التضمين بان

وإذا لم يكن التدبير مقيدا فإنه صح تدبره وإن قيد بقيد يمكنه ما مضى فيضمنه ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمن تملك فأشبه الاستيلاد بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما يعتقها المنكر عند أبي حنيفة رح وقالا إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها

المدبر غير قابل للنقل من اعتقه كان مدبرا ولو كان أمسكت اختار سعاية العبد قالوا لا بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلث وفي النهاية وغيرها في قوله والولاء بين المعتق والمدبر أي بين عصبة المدبر والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت ونسبه القاضي خان وهو غلط لأن المعتق المتبرع يوجب إخراجه إلى الجهة تنجيزا حدا لا مورمن التقيدين مع اليسار والسعاية والعتق حتى مع استخدام المدبر إياه من حين وجوده كما لو اعتق أحد الشريكين ابتداء ودبر الآخر فإنه لا يتأخر حرية وباقيه إلى موته كما قدمنا أول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر وقبلها أو كان مكاتبا للشريكين فدبره أحدهما لتقييده نصيبه وبقي نصيب الآخر مكاتبا عن غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة لأن نصيب الآخر على حاله عنده وإنما في الزيادات مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا بعد عجزه عند أبي حنيفة لأن الكتابة تجزئ عنده وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استعمار خاص فيبقى إلى أن يعجز عنه فيخرج بين تضمين المعتق إذا كان موسرا أو استسعى العبد مختارا أو جبرا بإجازته فهو تحقيق ما كنا من أنه لا يبقى في الرق إلا إلى أن يؤدي السعاية والله أعلم **قوله** وإذا لم يكن التدبير تجزئ عندهما إلى آخره يعني أن ما ذكرناه على أبي حنيفة فإنما يتم على قولهما فإنما لم تجز التدبير عندهما يصير كله مدبرا للشريكين المدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمن ثلثي قيمته الشريكه ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك لأنه أمكن على ما ذكرنا فأشبه الاستيلاد أي ما إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه على حاله موسرا كان أو معسرا بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد لا ضمان تملك وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار واردا فيه والولاء كله على قولهما للمدبر وهو ظاهر لأن العتق كله من جهته واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الإفساد في الإعتاق لا يتأتى في ضمان التملك لأنها حيث قالا إن العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى لو كان الولاء كله له يستقيم القول بانتقال ملك نصيب الساكت إليه ولا تكيف يتنزل عتقه في جزء لا يملكه وحينئذ يجب أن يقال ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس **قوله** وإذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة كذا ذكره الفقيه أبو الليث ووجهه التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه فإنه لم يتمكن من نصيبه إن كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكنا من إفساده بإعتاقه اعتبر إقراره بإفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا وعندهما كذلك إن كان المقر عليه معسرا فإن كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لا حق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو غائب عنه لإمكان ولا بينة وقال محمد رح إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها وضمنه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لأبي يوسف ولا ينبغي مثلا أن يفعل إلا أن يفرق بالبيان فيقال في قوله الأول مثلا

والاول اصح ان لم يسع له الآن فالبيع هو فاكلا به واختلف المشائخ فيما ان خدمة المنكر حل هي واجبة عليها على قول محمد وابي يوسف الاول الاول والصواب ان لا خدمة له عليها بل يجب واقرار المقر صار حق المنكر في سعايتها وتخرج بها الى الحرية وفي الخلاف في باب محمد ان نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر هو الاليق بقول ابي حنيفة ويبنى على قول محمد ان لا نفقة لها عليه اصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس واما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كما لو كانت في يد المنكر وتأخذ الجناية عليها اي تأخذ جنايتها ممن جنى عليها فتستعين بها وعلى قول ابي حنيفة جنايتها موقوفة الى تصديق احدهما صاحبه

قوله لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كانه هو استولدها كما لو اقر المشتري على البائع انه اعتق البيت قبل البيع يجعل كانه هو الذي اعتق حتى لو اشتراه عتق عليه فاذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فانه لا يكون للآخر الاستخدام والمقر ايضا امتنع عليه الاستخدام لانه يدعي الملك على المنكر واذا امتنع الاستخدام على المنكر واحتمال ان نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استسعائها لاحتباس ماليتها ومنافعها عندهما ولا وجه الى تضمين شريكه فاذا استسعاها فلا سبيل لاحدهما فان المنكر اخذ حصته والمقر يزعم انه يدعي ان حقه في تضمين المنكر لدعوا الاستيلاد فصارت كام ولد النصراني اذا اسلمت لما امتنع من ايلاجها مقاصد الملك عليه ولم يمكن اخراجها عن ملكه محافظا للاضرار به وجب ان يتعلق بالسعاية **قوله** ولابي حنيفة رح وعلمت ان ابا يوسف معه ان استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين لان المقر اما صادق فيكون جميع خدمتها له لانها ام ولده وهو مستحق خدمتها او كاذب فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن واما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لانه يبرؤها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه وهو ملف ونشر مرتب وقولها انقلب اقراره عليه قلنا ممنوع لان الاقرار بامومية الولد اقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد بنفسه حكما نعم يوجب ذلك ان يؤاخذ باقراره فيمتنع استخدامه واستعماله وقد قلنا بذلك ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وحق العبد عليه لو اشتراها من هذا لاستقرار على نفسه لامر الانقلاب وحاصله منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه **قوله** وان كانت ام ولد بينهما بان ادعى كل منهما انها ام ولده فاعتقها احدهما وهو موسر فالضمان عليه للآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها وان كان معسرا سعت للساكت فيه واصل الخلاف في تقوم ام الولد فعنده غير متقومة وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير ابي حنيفة وعلى هذا الاصل ينبني عدة من المسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى احداها هذه والثانية ام الولد اذا ولدت ولدا دبر بين اثنين فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمة شيئا لشريكه عندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الولد في النصف يعني اذا بلغ حدا يستسعى فيه وبنهاء ام الولد المشتركة بين اثنين اذا مات احدهما لا تستسعى عندهما ومنها لو غصب ام الولد جارية فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن الصبي الحر لو وضعها في مسبعة فافترسه سبع يضمن عنده لانه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما ذكره منها امته حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة اشهر من وقت البيع ثم

وجه قولها انه منتفع بها وطيها اجارة واستخدامها دون الصوف لانه التزم وامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام الولد تضمن بالغصب وهذا لان التقوم ميزان يتبين به مالية الفوات منفعة تسع والسعاية بعد الموت مجلاف المدبر لان الثابت ضمنا البيع اما السعاية فلا تقوم فافترقا وله ان التقوم لاظهار المالية وهي ثابتة بالاستعمال والاستخدام والاجارة كالاستخدام فاثبت التقوم بواسطة ولد على ما مر بخلاف المدبر لان التقوم ثابت ضرورة الاستيفاء بالبيع وقد انعدم وبخلاف المكاتبة لان السبب ثمة متحقق في الحال حتى ان المكاتبة لو عجزت استرق البيع تبين انه تقوم وان لم تعجز تبين انه لم يتقوم وان مات ولا مال لها سعى ولدها في قيمتها عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدليل الكتابة لا يقتصر وجوبه الى التقوم

ماتت الام عند المشتري فادعى الباعة الولد صح وعليه ان يرد جميع الثمن عنده وعندهما يحبس بالحصة من الثمن قوله وبه قولهما وهو قول الجمهور انها منتفع بها وطيا واجارة واستخداما ولذا يملك كسبها ولو قال كل مملوك لي حر عتق وبذا هو دلالة التقوم والفائت ليس الا امكنة البيع وهو لا ينفي التقوم كما في المدبر والآبق وامتناع سعاية الغرماء المولى او ورثته اذا لم يكن له مال سواها مثلا لانها مصروفة الى حاجته كما لا يشبع لشبه وما وه وبذا ظهر تخصيصها لما يوجد في المدبر فلذا افترقا في السعاية ولعدمها وبذا ظهر الانتفاع المطلق شرعا على هذا الوجود دلالة التقوم لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا الا بثبوت حق الحرية والتنافي بين حق الحرية والتقوم لا يرى ان ام الولد النصراني اذا اسلمت سعت له وبذا آية التقوم في ام الولد مطلقا لانه لا قائل بالفصل بين ام ولد المسلم وام ولد النصراني فاذا ثبت التقوم في احداهما ثبت في الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت امه ام ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا وحاصله دليلان الاول قياس سائر المدبر والثاني اجماع مركب وايضا ثبتت ماليتها فلا يخرج عنها الا بمقتضى حق الحرية الطارىء باستيلاد ليس فتقضيا الذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فان فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوم لثبوتها فيه قوله غير ان قيمتها ثلث قيمتها فقة على قالوا الفوات منفعتين منفعة البيع والسعاية بعد الموت والباقي منفعة من ثلثي قيمتها من ثلث القيمة بخلاف المدبر فان الفائت منفعة البيع فقط لانه يسعى بعد الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمة فقة وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف فقد كتناه في الكلام على قيمة المدبر قوله لابي حنيفة رح الحاصل اما ما ذكر من اللوازم انما هي لوازم الملك بعضها اعم منه يثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والاجارة فان الوطء يثبت ولا ملك له في المنكوحة والاستخدام والاجارة يثبت بالاجارة والاخص هو ملك الكسب ولا كلام في ملك الرقبة انما الكلام في التقوم والمدبرية والتقوم يثبت بالاحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز مالا متقوما الا بالملك او ان ثبت معه والا ومع وان صار مالا بعد ان لم يكن في الاصل مالا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا احرز للتمول وام الولد اذا احرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان اول تملكها كان للتمول لكن عند ما استولدها تحول صفتها عن المالية الى ملك مجرد عنه فصارت محرزة لما ذكرناه وبهذه المقدمة تقبل المنع عن انتفاء صفة المالية والتقوم بالاحراز للنسب بان يقال لا نسلم الملازمة بين الاحراز للنسب وانتفاء التقوم وجوابه انه وان لم ينافه لكنه تابع فصار الاحراز في حق التقوم كالمنتفي ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعايتها لغريم او وارث وان لم تخرج من الثلث او لا مال له سواها وعليه دين فان ما كان مالا متقوما في حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور كالمدبر اذا لم يخرج من الثلث او خرج والتركة مستغرقة تعلق به يظهر انه معتبر حالة الحياة مالا غير انه سوي به واذا لم يكن اعتبار صحة الوجيبة فيه لما ذكرنا بطلت فسحة في قيمته فظهر الفرق بين المدبر القيس عليه ام الولد وحين ثبتت التقوم في المدبر ورد عليه لو كان متقوما جازبيعه فاجاب عنه بان عدم جوازبيعه لتحقق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته والجواب عن الزام التقوم بام ولد النصراني بمنع تقومها والزام السعاية فيها ليس لذلك بل الفروق اذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا اخراجها عن ملكه مجانا وهو ملك صحيح فانزلت مكاتبة عليه على قيمتها ونقول لا يقتصر بل الكتابة الى التقوم في رقبته لانه بمقابلة ليس

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد فدخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق ثلثة ارباع نصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة رح وقالا يسعى كل واحد منهما في نصف قيمته وقال محمد رح كذلك في العبد الآخر فانه يعتق ربعه لما ان الخارج فلان لا يجاب كامل دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعتبر على القول فاوجب عتق ربعه بينهما لانه اصيب كل منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر كان الثاني دائرا بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول فقط وما اصاب الخارج بقي فيكون له الربع فقد له ثلثة ارباع وكانه لو اراد هو بالثاني ان يستحق نصفه الذي لا يستحق بالاول لا يستحق الا ربعا فقد اصاب الداخل ثلثة ارباع منه الربع بالثاني والنصف الاول وقد اصاب الثابت ربع الربع بالثاني وثلثة ارباع الربع بالاول فكذلك يصيب الداخل

بمتقوم وهو فك الحجر ولو سلم فالامور الضرورية لا يقطع بها لتيسر ملكها من ملك الضرورة او نقول هو تقييد الملكية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتنى على اعتقادهم كما في ملكية الخمر او ان ملكه لما احتبس عندها لمعنى من جهتنا كان مضمونا عليها وان لم يكن متقوما كالقصاص اذا احتبس نصيب احد الشريكين عند القاتل فعفا الآخر يلزمه بدله وبهذا تم الوجه لابي حنيفة رح واما قوله في الكتاب وهذا لان السبب فيها اي في ام الولد متحقق في الحال وهي الحرية لثبوتها بواسطة الولد فتتقرر متوقف عليه الاثبات اذ قد ثبت بما ذكرنا عدم تقومها وانما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها يعني ان حكمة اسقاط الشرع تقومها ثبوت الحرية بينها وبين مولاها الحر الى آخر ما ذكر في المصابرة كما اشار اليه عمر رض حيث قال كيف تبيعون من وقد اقتلطت كوهن بحوهكم ودمائهن بدمائكم فثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم وكان مقتضاه ان يتحرر تيها لكن انعقد الاجماع على عدمه فبقي فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الاجماع عليه وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه السلام اعتقها ولدها بهذا الطريق وهو انه يدل على تحرر العتق لكن الاجماع على ان المراد اثبت لها الولد حق الحرية فبقي فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم فان قيل فالتدبير ايضا كذلك اي سبب في الحال للعتق لما ذكرتم في بابه فيجب ان يعتق تقوم المدبر على ورثة انتفائه لسبب الاموية فالجواب ان ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات لضرورة هي ان تاخيره كثيرة من التعليقات يوجب بطلانه لان بالموت زمان زوال اهلية التصرف فلا يبقى سببية كلامه اليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر اثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقوم بين بقي في حق سقوط التقوم على الاصل يعني فيتاخر سببيته لسقوط التقوم الى بعد الموت وعلى هذا يحمل قول المصنف في المدبر ينعقد سببا بعد الموت ويندفع عنه الزام التناقض وذلك ان كلامه في سقوط التقوم لام الولد فحاصل كلامه ان سبب سقوط التقوم في ام الولد ثابت في الحال وسبب سقوطه في المدبر متاخر الى بعد الموت كما بينا

باب عتق احد العبدين هذا ايضا من عتق البعض غير ان الاول في بعض الواحد وهذا الكلام في بعض المتعدد فنزل الاول من هذا منزلة الجزء وهو مقدم على الكل لان الاول في عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد **قوله** ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر وهو الباقي من الاعبد الثلثة فقال المولى احدكما حر فالمسئلة على ثلثة اوجه احدها ان يبين العتق قبل الموت والثاني ان يموت المولى قبل بيانه وهي مسئلة الكتاب والثالث ان يموت العبد قبل البيان او حكم هذا القول فاذا وقع الآخر منه ان يموت المولى بالبيان وللعبد فحاصلة في ذلك فاذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج الكلام الاول عتق وبطل الكلام الثاني لانه جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر انشاء في المبهم الدائر بينهما ولا يمكن ذلك الا اذا كان كل منهما محلا لحكمه والحر ليس كذلك فبطل انشائيته وصار جبرا بان احدهما حر وهو الثالث فلا يفيد سوى الخارج عتقا فان قيل البيان له حكم الانشاء لانه في المعين والعتق المبهم لا ينزل في المعين فصار بيانه في الثابت كانه انشاء لان العتق فيه بعد ما عتق الاحد الدائر بينه وبين الخارج بالكلام الثاني ولو تحرر عتق الثابت بعتق مستقبل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان اجيب بان البيان انشاء من وجه لا من كل وجه بل من حيث ان وقوع العتق بالاول سواء المعين به فيكون بالعتق الاول فقط لانه عتق المبهم وهو غير المعين يكون انشاء من حيث ان الموت

وهما يقولان اذا خاصمه العبدان ولا خير على انشار العتق يكون اظهارا فعلى تقدير الانشار يعتق الداخل وعلى تقدير الاخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك وان بين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال فيعود مر بيان الكلام الثاني ويعمل ببيانه وان بدأ ببيان الكلام الثاني فقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق ويعود مر بيان الاول فانه مبين من الخارج والثابت عمل وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول وليه مثل ان حال وجوده كانا رقيقين وان لم يبين الموالي شيأ حتى مات احد العبيد فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول الخارج بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يعتق وان مات الداخل عاد مر بيان الاول فان عنى به في الخارج عتق الثابت ايضا بالايجاب الثاني لان عنى به الثابت بطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان ففيه مسئلة الكتاب فاتفقوا فيها على عتق نصف كل خارج وثلثة ارباع الثابت فاختلف في الداخل وذهب ابي حنيفة وابي يوسف انه يعتق نصفه ايضا وعند محمد يعتق ربعه واستكمل قولها بعتق نصف وثلثة الارباع مع قولها بعدم تجزي الاعتاق والجواب ان قولها بعدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم الاذا كان الحال انما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لاقسامه القسم ضرورة والحاصل ان عدم التجزي عند الامكان والانقسام منها ضروري ورد وبعض الطلبة منع ضرورة الانقسام لان الواقع ان الكل من عتق عنه البعض الذي ذكر لا يقر في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن ان يقول يعتق جميع كل واحد عند بما يسعى في ذلك القدر فيتجي الحاصل على قولها وقول ابي حنيفة غير انهم يسعون وهم عبيد وعندهما يسعون وهم احرار والحاصل ان الضرورة اوجبت ان لا يعتق جميع واحد مجانا لا ان يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي الى اداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة اصلهما ورد على ذلك الطالب بانه اعتق الكل عن كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حرام لان يكون موجب قول المولى احدهما حر اعتاق الاثنين وهو باطل بل احدهما لا بعينه حر بلا معنى كلا ثم كما وقد يدفع عنه بمنع كون الموجب لذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل منهما للضرورة التي اقتضت تجزيه وحين لزم التوزيع فموجبه عتق بعض وجب وقوعه في الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله اعتقت نصفك فكما يقع العتاق النصف انفاقا للكل اذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا واحاصل انه لا موجب اصلا لخروجهما عن اصلهما وموافقة ابي يوسف ابا حنيفة في عتق نصف الداخل لا يوجب موافقته في التجزي ووجه الانتفاء ما ذكره المصنف بقوله اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف او لا مرجح غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لانه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما لكن نصفه الثابت شاع في نصفيه فما اصاب منه المعتق بالاول لفاه وما اصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فتم له عتق ثلاثة ارباعه ولانه لو اريد الثابت بالثاني بعتق نصفه الباقي ولو اريد الداخل لا يعتق منه شيء فعتق نصفه في حال ولم يعتق منه شيء في حال فيقسم النصف الذي يعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة ارباع وجه المذكور لمحمد في الداخل ان الايجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت من الربع فكذلك نصيب الداخل **قوله** وهما يقولان حاصله ان

ان اصابا ربع عبد هما ليس قضية الكلام بل قضية نصفه لكنه اشيوعه في كله ونصفه شائعا معتوق فما اصاب منه هذا النصف يعني فما اصاب النصف عتق فكذا ربعه فهذا المعنى منتف في النصف الذي اصاب الداخل وقد علمت آنفا ان محمدا لم يوافق على هذا التوجيه هذا وتقدم له ايضا ان الايجاب الثاني صحيح في حال وهو ان يريد بالكلام الاول الخارج غيره صحيح في حال اخرى وهو ان يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته ثبت بعتق كامل بينهما لكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شئ اصلا فاتضح الثابت برفاصاب كل ربعه فذا اعتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الداخل اربعه واذا عرفت هذا ظهر ان الكرخي في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلثة ارباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف اصلا بل اصابه الربع ابتداء كما بيناه وذكر من الوجهين واعلم ان قوله لم يرد الخارج بالكلام الاول معناه يحتمل ان يبين انه لم يرد العتق فيه لوجهه قبل موته والا فالعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه ولا شافعي في اصل المسئلة قولان في قوله يقرع بينهم وفي الاصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان وعند احمد رح يقرع بينهم وكذا اذا قال لعبديه احدكما حر يقرع بينهما فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ للشافعي تاصيل اعتبار الاحوال ما روي انه عليه السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا لاعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لعذر فيكون اسلاما فيجب كمال العقل وجاز كونه تعظيما للمظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا للكمال في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضى بالنصف ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين ان رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزاهم ثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين واترق اربعة رواه مسلم واجماعة الا البخاري وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطنا وقد علمت ان ما صح سنده جاز ان يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة وكذا مخالفة العادة الفاشية بخلافه قالوا فهذا يخالف نص القرآن تحريم الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك والاستحقاق بالخطر والقرعة من هذا القبيل لانها توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا والا فضدا العادة بخلافه فانها قاضية بنفي ان واحد يملك ستة اعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا اناس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ولا شئ قليل ولا كثير وما قيل انه قد تتفق للعرب ذلك ليأخذ غلتهم او يكون وقع له ذلك في غنيمة ان كان مع الفرض الذي فرضناه من عدم شئ قليل او كثير من كل نوع فهو ايضا مما يقتضي العادة بنفيه لانه اندر نادر فكان مستحيلا في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة كما قالوا في المنفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس انه يحكم بغلطه وصار رده من جنس جحد الواحد فيما يعم به البلوى واما ما يحتمل انها وقعت حال قلتهم فليس بشئ لان الفعل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح واذا كان طريقا صحيحا جاز ان كان

قال فان كان الثلث مستغرقا للرقيق قسم الثلث على مقدار ذلك فيعتق من كل رقبة سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة فحاصلها الى ثلثة ارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة وعتق من كل رقبة وسيعة فيها فذلك اربعة وعشرون سهما لورثة ضعف ذلك اثنان واربعون سهما فجميع المال احد وستون سهما للعتق سبعة وعشرون سهما من كل رقبة اربعة عشر سهما وسيعة اسباعها وللورثة اربعة وثلثون سهما من كل رقبة ثمانية عشر سهما وسيعة اسباعها

وتعرف احكمه به والامثلة يلزم فيها استيفاء للتمام به لاعتبار الاحوال من قصة الخنثيين بلا فرق وكذا الخوه من اوجه ضعيفة وحقيقته الوجه ليس الا دلالة العادة والكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بغلطه من بعض رواته عن عمران ولذلك اجمع على عدم الاشتراع عنا تعارض البينتين ليعمل باحديهما او على حد ما عند تعارض الخبرين ونحن لا نسلم شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها بشرعا لتطييب القلوب ورفع الاحتمال والتخاصم كما فعل عليه السلام في السفر لنسائه فايتهن ما كان سفرها بكل من شاء منهن جائز او ربما يتبارع الضعفاء الى من يخيفهما من مبين فكان الاقتراع لتطييب قلوبهن وكذا اقتراع القاضي في الاقتسام المستحقة والبداءة بتحليف احد المتحالفين انما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل انها انما تستعمل في المواضع التي تجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ومنه اسهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان ذلك والا فلو كان احق بكفالتها لان خالتها كانت تحته والله اعلم واما ان تعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فاول منه ظاهر التوزيع لان القرعة قد تؤدي الى حرمان المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا فيهم يقع في كل منهم منه شيء فاذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه مجانا واذا وزع فانه ينال كلا شيء واما اذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم في العشرة المالكين لعشرة جوار اذا اعتق احدهم جارية ثم لم تدر فصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرة واحد وتسعى في تسعة اعشار قيمته اصابة المستحق بعض حقه يقينا مع القرعة جاز ان يفوتها كل حقها قوله فان كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا لان العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث فان كانوا يخرجون من الثلث فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المصنف وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما اي قول ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد فستة وذلك لانا نجعل كل رقبة على اربعة وانما نجعل كل رقبة كذلك لحاجتنا الى ثلثة ارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة من اربعة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة خارجة من الثلث فلا بد من كون جميع سهام الورثة ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهو سهامهم فيبلغ كل المال احدا وعشرين وكل المال هو الاعبد الثلثة فيكون كل منهم وهو ثلث المال سبعة اسهم بالضرورة فيعتق من الثابت ثلثة من سبعة ويسعى في اربعة ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلثة ارباع الثابت الى ثلثة اسباعه وذلك اقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك اقل من ثلثة بثلث سبع واما على قول محمد فانا نضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدسا وعلى هذا يكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها اثنا عشر فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في ثلثة فكان المعتق من يستحق ثلثة الارباع على قوله نصف وعلى قولهما يعتق منهم نصفه الا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثة ويسعى في اربعة على قولهما يعتق ثلاثة الا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه وعلى قولهما يعتق سبعاه ولا يخفى ان الحاصل للورثة لا يختلف قوله ولو كان هذا في الطلاق يعني قال لزوجتين له احداكما طالق فخرجت احداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال احداكما طالق ومن غير دخولات وموت الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة رابعة ووجب لها ثلثة ارباعه ومن مهر الثابتة ثلثة ثمانية ووجب لها خمسة ثمانية ومن مهر الداخلة

في السهام

وقوله في الطلاق وفي عتقه من حقوق زمانه قبل البيان يسقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة خمسة قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق تمام تقريره في الزيادات

ثمن ويجب لها ثمانية فالزم محمد على المنافقة فان سقوط ربع مهر الخارجة لو قوع الطلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهرين مهرها ليس احدهما اولى بسقوطه من الاخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها والكلام الثاني موجب في حال وهي ان تزاد الخارجة دون حال وهي ان تزاد الثابتة لانه يصير جامعا بين اجنبية ومنكوحة لانه لاحدة لانه قبل الاخرى فتنصف وتثبت به سقوط الربع موزعا فيسقط بمن مهر الداخلة ومثله بمن مهر الثابتة فيضم الى ما يسقط مع الاولى فيتم لها ثلاثة اثمانه فيجب مثله في مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل لان الثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المصنف في جوابه قبل هذا اي المذكور في الطلاق قول محمد وحده اما عندهما فيسقط ربع مهر الداخل لا الثمن فلا يتم به الزام وقيل بل هو قولهما ايضا والفرق ذكره المصنف في زياداته وذكر تمام تفريعاتهما ايضا فيهما اما التفريقات فما قدمناه في بيان العتق قبل موت احد وبعد موت احد العبدين واما التفريقات في الطلاق فمنها ان ميراث النساء وهو الربع او الثمن يقسم بين الداخلة والاولين نصفين نصف للداخلة لانها لا ترى احدهما الا احدى الاولين اعني الثابتة ونصف الاخيرين الاولين لان احداهما ليست اولى به من الاخرى ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لعدم مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في مسئلة العتق ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الاول في الخارجة صح وعليه بيان الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة والداخلة به وان بين الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول وان اوقعه على الثابتة تطلق الخارجة ايضا لما تقدم واما الفرق فهو ان الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا اشكال فيه وكذا في حق الثابت اما على قول ابي حنيفة رح فظاهر لانه عتق نصفه وهو يقول بتجزي الاعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة اليه ايضا بخلاف الطلاق لانه ليس من كون المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الايجاب الثاني فيه واثرا بين كونه موجبا لسقوط النصف وكونه غير موجب شيئا بخلافه في العتق واما على قول ابي يوسف وهو لا يقول بتجزي الاعتاق فلان الثابت دائر بين ان يكون حرا ومن ان يكون عبدا فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق الى آخر ما ذكرنا لابي حنيفة ولا يخفى ان المراد من كون الثابت معتق النصف على قول ابي حنيفة فيصير بذلك مكاتبا في الايجاب الثاني انما هو بعد موت المولى والا فالايجاب الاول انما يقتضي عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بتعيق نصف احديه لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم فتقدر بقال من طرف محمد ان اعتبار الاحوال انما هو حال صدور ايجاب اختياره وحال صدور الايجاب الثاني لم يكن في الثابتة عتق اصلا ويجاب بانه انما يجب الاعتبار حال صدوره اذا كان تعرف حكمه اذ ذاك ونحن انما نريد ان تعرف حكم الكلام بعد الموت وفوق آخره وهو ان الكلام الاول لما تعذر تعليقا في حق الداخل حكم بقبول التعليق وهو وقوع العتق بالبراءة عن المهر فلا تحله من جهة الزوج فان البراءة انما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيزا في حق البراءة واذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثاني مترددا بين ان يوجب شيئا او لا يوجب شيئا فاوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلثة اثمان مهرها

طلاق

ومن قال لعبد به احد كما حر قبل حر بها او مات او قال له انت حر قبل موتي عتق الآخر لتعيين محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق موجبه بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين الآخر لذلك لانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان بنافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احدهما المعتقين والفارق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق والشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف

ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها بالاول فيسقط ثلثة اثمان مهره وتستحق ثمنا واحدا. هذا ولا تخفى ان تخصيص ابي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي انه لا يقول بتجزي الاعتاق في الاعبد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال **قوله** ومن قال لعبد به احد كما حر فباع احدهما او مات او قال له اي لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الآخر المقصود وذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم ومعلوم ان العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك رح وعند احمد لا بيان الا بالقرعة وبالتلفظ لا يصح الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند الظاهرية لا يعتق اصلا والبيان يقع صريحا كقوله اخترت ان يكون هذا احرارا بذلك اللفظ الذي قلته او يقول انت حر بذلك العتق او اعتقتك بذلك العتق او اذا اقتصر على قوله انت حر ثم قال اردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيئا عتق هو والآخر معا لان هذا عتق آخر نازل بعبد الاول وبه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق ودلالة كما اذا باع مطلقا او بشرط الخيار لاحدهما يعين بيعا صحيحا او فاسدا مع قبض وبدونه في الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان محرما عن الملك كما لو نجز عتق احدهما او باعهما ولا كذا اعتق الآخر بالمساومة في صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصده استيفاء ملكه في الذي تصرف فيه فيقع بيانا للعتق الآخر وحكما كما اذا مات احدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختيارا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء في الآخر بموت قريبه لان الانشاء صفة اللفظ بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه ولا بد من عتق احدهما بعينه فلزم لذلك لكلام عتق الحي ولا يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في المعتق المبهم المعلق كما قال اذا اجاز زيد فاحد كما حر فلو باع احدهما قبل الشرط او تصرف فيه بازالة الملك ثم اجاز زيد عتق الباقي وفرق بين البيان الحكمي والصريح فان الحكمي قد رأيت انه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت ان يعتق فلان ثم وجد الشرط فلا يعتق لانه لا اختيار قبل وقته كما لو قال انت حران دخلت هذه الدار او هذه ثم عين احدهما للعتق لا يصح تعيينه ولو باع احدهما او كلاهما ثم اشتراهما ثم جاز بيعه ثبت حكم العتق المبهم فيعتق احدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها وعن محمد لو كان اليمين قبل الجبهة المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت هذه الدار فاحد كما حر ثم قال له مع آخر احدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب او رهن او آجر يكون بيانا ولو استخدم احدهما او قطع يده او جنى عليه لا يكون بيانا **قوله** لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع اي ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه اياه وللعتق من كل وجه اي لم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق المنجز بقوله احدكما حر فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان وبالتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاق العتق عند الموت الآخر ولا به بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير قصد استيفاء الانتفاع به مدة حياته وان يعتقه بعد موته والمقصودان من الوصول الى الثمن والانتفاع المستمر الى الموت بنافيان العتق الملتزم بالايجاب المبهم فتعين له الآخر دلالة **قوله** وكذا اذا استولد احدهما اي وطئ احدهما فعلقت لانها صارت ام ولد له فتعينت الاخرى للعتق للمعينين وهما كونهما لم يبق محلا للعتق من كل وجه كالمدبر تقصد ابقاءها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا الوطء بالمعلق فان الوطء غير المعلق ليس بيانا عند ابي حنيفة كما تقدم

بالبينة وتسليمه وتصدق لانه في التسليم بمنزلة البيع كانه تمليك وكذا لو قال لامرأته اعتدي لكما طالق ثم ماتت احدهما قلنا وكذا لو وطئ احدهما
المبهمة ولو قال لامته ان كل حرة ثم جامع احدهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا يعتق كان الوطئ لا يحل الا في الملك واحدهما حرة فكان
بالوطئ مستبقيا الملك في الموطوءة وتعيينه الاخرى لزوالها بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لانه لا يرتفع في المنكرة وهي
معينة فكان وطيها سلالا فلا يحل بيانا ولهذا حل وطيهما على مذهبه الا انه لا يفتي به ثم يقال العتق يتأخر قبل البيان لتعلقه به او يقال نزل
في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله والوطئ يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد
بالوطئ يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطيها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

واستشكل على تعيين الآخر بموجب احدهما لو اشترى احد العبدين وسمى ثمن كل منهما على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء فمات احدهما
حيث يتعين للبيع الميت لا الحي مع ان بالموت لم يبق محلية البيع كما لم يبق محلية العتق وبما لو قال لامتيه احداكما حرة ثم ماتت احداهما
ثم مات احداهما لا يتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية وجواب الاول بالفرق بان عند اشتراف احدهما على الموت تعين
البيع فيه لانه تعذر رده كما قبضه فانه لا يخلو عن مقدمة تعييب فانا تعين البيع وهو حي لا ميت ولا يتعين العتق بالاشراف
على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق وجواب الثاني بانه ليس للقاعا
بصيغته بل اخبارا ويجوز ان يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع الى بيان المولى وقوله لاطلاق جواب الكتاب يريد الجامع الصغير وقوله وانما
قلنا اي من انه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن يتأتى في العتق فتعين الآخر للعتق قوله والهبة والتسليم والصدقة
والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك روى عن محمد في الاملاء اذا وهب احدهما او قبض او تصدق فقبض عتق الآخر قالوا
ذكر القبض لتوكيد الا للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما ان البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك ولان الماضي اذا
عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو ادخل في طريق الملك اولى ان يعينه
قوله وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احدهما يعني تطلق الحية لما قلنا في العتق من عتق الباقي بموت احدهما
لعدم محلية العتق وكذا الوطئ احدى المرأتين تطلق الاخرى لما بينا في المسألة الامتين التي تليها قوله ولو قال لامتيه احداكما
حرة ثم جامع احدهما ولم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وبه قال احدهما لو عتقت الاخرى اتفاقا وقالا ان اراد كما مريرة
ثم وطئ احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك النافع بخلاف العتق وقالا تعتق وبه قال الشافعي ومالك في رواية
لهما ان الوطئ لا يحل الا في ملك واحدا بما ليست في الملك تعتق احدهما بذلك الكلام وكذا لو قتلها انسان وجبت نصف قيمة
لكل منهما فكان بوطئ احداهما مبينا للمعتقة لملكها فتعينت الاخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق المبهم فانه اذا قال لزوجتيه احداكما
طالق ولم يدخل بهما او دخل فقال طالق بائن او ثلاثا فوطئ احداهما طلقت الاخرى اتفاقا وانما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لانه لو كان رجعيا
لا يكون الوطئ بيانا لطلاق الاخرى لحل وطئ المطلقة الرجعية ذكره في النوادر ودخل تحت البيان في الطلاق بالمقدمات في
الزيادات لانه ثبت وقال الكرخي يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطئ وله ان الملك قائم فيهما جميعا حتى قال يحل وطيهما وهذا الوطئ وطيا بشبهة كان
الواجب عقر مملوكتين ويكون كله للمولى وانما يملك البدل بملك الاصل وبهذا لان العتق في المنكرة اي المبهمة الدائرة بين كل
منهما وهي غير المعينة وتنافيهما لان المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الاخرى في حق العلم والمبهمة احداهما دائرة بينهما وقوعه في المعينة
مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط عدم قبله فهو كما لو قال لزوجته ان طلقتك فانت طالق او لامته ان دخلت
فانت حرة فان له وطيها قبل الشرط لقيام الملك في الحال قولهما احداهما حرة ان اريد المعينة منفاد او المبهمة سلمناه ولا يفيد
لان الوطئ انما يقع على المعينة فوطيها لم يقع في محل الحرمة فحل فاذا حل وطئ كل منهما لم يكن وطئ احداهما دليلا على تحريم الاخرى بقيتها
وانما يلزم اذا كان الحلال وطئ احداهما فقط وهو ممنوع ورح يرد النقض بالوطئ بالطلاق المبهم فانه لو صح ما ذكر لزم حل وطيها

ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اول عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة لان الام بالشرط والجارية تكون تابعة لها فلا تعتق حين ولدتها ورق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما ويسعى في النصف الباقي لمولاها وهو رق في الحالين فلهذا يكون

لوقوعه في عينه والمطلقة في البهمة فاذا جيء بعينة بتقييد حلها بما اذا لم تبين احدهما للاطلاق وبمجرد وطي احدهما تبين الاخرى فتحرم بخلافه في العتق حاوا اول المسئلة وهو انه كما كان الوطء بيانا في الطلاق تجب ان تكون بيانا في العتق لان الملك في الزوجتين المعينين قائم كما المطلقة هي البهمة ولا جواب له سوى ان الدال في الاصل اعني الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستيفاء فانه هو الدليل على نفي الاخرى اذا كان الواجب اخراج احداهما عن الملك وهو مبطن فيدار عليه دليله وهو الوطء لطلب الولد فان طلبه يفيد استيفاء من هو منها كيلا يضيع حاله ووطء المنكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لانه هو الذي وضع له عقدها لا وطء الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطيها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة وعلى هذا فيكفي في دليلها ان يقال وطي احداهما دليل استيفائهما كالوطي في الطلاق المبهم وفي وجه قوله منع دلالته والفرق لما ذكرنا ولا حاجة الى اثبات الملك فيهما وعلى طريقهما نقول بانه لا يفتى به لترك الاحتياط فانه لا يحل وطيهما حكما لا يصح بيعهما وقد وضع في الاصول مسئلة يجوز ان يحرم احد اشياء كما يجوز ايجاب احد اشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحريم احد اشياء جواز فعلها الا واحدا لانه لو عمها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولم يعلم خلاف في ذلك وثبوت الملك قد يمتنع بعد الوطء لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطي وهنا كذلك فان موجب اللفظ وهو عتق احداهما لا بعد وهما نفي وطيهما وطء المحبة بيقين فلا يحل قطعا وان كان الملك قائما فيهما بخلاف احداهما ارش الجناية عليهما لانه بدل الملك غير مقيد بحل الوطء وعزا نقيحة محمد لكن ذلك ايضا وانما وجبت نصف قيمة ودية لكل منهما اذا قتلهما رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما تنتصف لان احداهما حرة بيقين ولا تعرف فتنصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للمورثة بخلاف ما لو قتلهما رجلان فان على كل منهما قيمة امة اذ ليست نصف كل منهما حرة في نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحرة لا تعرف وهما متحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتقرع فيهما وقولهم وقوع الطلاق فيها معلق بالبيان فجاز وطيها غير صحيح اذ لا تعليق بل منجز ما مور في الشرع بتعيين محله ولو كان يمينا محضا لم يجز على ايقاع شرطه كسائر الايمان وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف انه شيء به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شبها لا يوجب حقيقة احكامه من حل الوطي قبل الشرط فيها وابو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليله الملك فيهما لحل وطء احدهما **فرع** من البيان قال لامته احداكما حرة ثم قال لم اعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم اعن هذه الاخرى عتقت الاولى فتعتقان لان قوله لم اعن هذه اقرار بعتق الاخرى فتعتق بها وكذا هذا في الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين على الف فقيل له اهو هذا فقال لا لم يجب للاخر شيء فالفرق ان البيان في الاقرار المبهم ليس واجبا بخلاف في انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال امة وعبد من رقيقي حران ومات قبل البيان فان كان له امة وعبدان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلثة عتق من كل ثلثة وتسعون في الباقي ولو تعددت الامام فعلى هذا القياس ان كانتا امتين عتق من كل نصفها او ثلاثا عتق من كل ثلثها ويسعى في الباقي والله سبحانه وتعالى اعلم

قوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام ويسعى في قيمة نصفها ونصف الجارية ويسعى في النصف والغلام عبد لان كل واحدة من الام

وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا د انكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع يمينه لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق والحد منهم
وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول فى حق حريتها فصار كما لو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا
والمسئلة بحالها اعتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة فى حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر حق الجارية

والجارية يعتق فى حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا فيعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تابعا للام فى الرق
والحرية وقد ولدته وهى حرة وترق فى حال وهى ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فاذا اعتقت فى حال دون
حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد فى الحالين لانه ولد وامه قنة فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه اولا لان ولادته شرط
عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى فى الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور للحد فى الكيسانيات فى هذه المسألة
انه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نيقن بعتقه فاعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فعن هذا حكم الطحاوى
بان محمدا كان اولا مع ابى حنيفة وابى يوسف ثم رجع وفى النهاية عن المبسوط ان هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل فى هذا
الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الجارية اولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فكلهم ارقاء الغلام
واما جواب هذا الفصل انها هو فيما اذا قال ان كان اول ولد تلديه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهى حرة فولدتهما ولا يدرى
الاول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام ولا شك ان هذا ليس جواب الكتاب لان فى هذه الصورة تيقن جميع الجارية
على كل حال لانها ان ولدت الجارية اولا عتقت بالشرط وان ولدت الغلام اولا عتقت تبعا للام واما انتصاف عتق الام فلانها تعتق فى
ولادة الغلام اولا فتعتق فى الجارية وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصحح فى النهاية ما فى الكيسانيات لان الشرط الذى
لم يتيقن بوجوده اذا كان فى طرف واحد كان القول قول من انكر وجوده كما اذا قال ان دخلت هذه الدار فانت حر فمضى الغد ولا يدرى اوقع
ام لا للشك فى شرط العتق وكذا وقع الشك فى شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا فى طرفى الوجود
والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فيحتاج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض فى صورة الكتاب تصادقهم على عدم تقدم
والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حتى عتق الامة وبنتها الوجود الشرط وقد
عرف ان الامة لو انكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز ان يدعى رجل حتى اذا لم يكن بينة يحلف لرجاء نكوله هذا ولكن
المذكور فى المبسوط تعليله صريح بان الام تدعى العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه وافاد ان ذلك فى صورة
دعوى الام وهى غير هذه الصورة التى فى الكتاب واعلم ان ما ذكر فى النهاية من ترجيح ما فى الكيسانيات حقيقة
بابطال قول ابى حنيفة وابى يوسف مع انه لم ينزو عنها رواية شاذة تخالف ذلك الجواب جاء ستدلا لا بان الشرط الكائن فى
طرف واحد الخ فقد نظر فيه بان ذلك فى الشرط الظاهر لا الخفى ولهذا قيد فى المبسوط حيث قال اذا قال
ان فعلت كذا فانت حر ذكر من الامور الظاهرة كالصوم والصلوة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا ببينة
بخلاف قوله ان كنت تحبينى الخ فيمكن ان تكون الولادة من الامور التى ليست ظاهرة فيجب الشك فيها اعتبارا للاحوال

فيعتق نصف الام كما فى الجامع قوله وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة
فالقول قوله مع اليمين بالله مالم يعلم ان الغلام ولد اولا لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل
عتقت الام والجارية معا لان دعوى الام حرية الصغيرة ثبتت فى ضمن دعواها حريتها نفسها لانها تنفع

ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى **قال** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رح الا ان يكون في وصية استحسانا لما ذكرنا في العتاق وان شهد انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق احدهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رح الشهادة في العتق ومثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة رح وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق

تخصص مع ثبوت ولايتها عليها في الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتها فتعتق فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيأ من احرية نفسها وباقي المسئلة بحالها يعني ولدتها فادعت الام تقدم الغلام وانكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الام خاصة بنكوله لان دعوى الام حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة لان الدعوى عن الغير انما تصح بولاية او انابة وهما تنتفيان عن الكبيرة فلا يتضمن دعوى الام حرية نفسها ودعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبت عتق الام ينبغي ان تثبت حرية بنتها لانه لازم له فالاولى اجبارها فسلمه رجحة الاخرى اجيب بمنع كون عتق الام بالنكول عتقا لوجود الشرط بجواز كونه بدلا لما ليتها من المولى ليترك الحالف او اجبارها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت وبان النكول جعل اقرارا على قولها بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره انا كفيل بكل بقيرة فلان فادع المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل يقضى عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلا ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلا **قوله** ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة والباقي بحالها ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا فان دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول ينبني عن صحة الدعوى **قوله** وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه السابقة وهي ما اذا اتفقوا على ان ولادة الغلام اولا او اتفقوا على ان ولادة الجارية اولا فلا يعتق احد في الثاني ويعتق كل الام والجارية في الاول وبهما تتم الاوجه الستة **فروع** في المحيط لو قال ان كان اول ولد تلديه غلاما فانت حرة وان كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجارية ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام ربع كل واحدة من الجاريتين اما الام فلانها تعتق في حال دون حال وهو رواية وفي عامة الروايات يجب ان يعتق كلها لانها تعتق في حال وترق في حالين بان كانت ولادة احدى الجاريتين اولا واما الغلام فانه يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين اولا وترق في حال بان ولدت الغلام اولا واما الجاريتان فيعتق من كل واحد منهما في عامة الروايات لان اعتاقه الحرية بجهتين متعذر لان الشخص اذا اعتق تبعا للام لا يتصور ان يعتق بعتق نفسه واذا عتق بعتق تبعا للام فلا بد من الغاء احدى الجهتين والغينا اصالة العتق من جهة الام واعتبرنا الاصالة بعتق النفس لانها اقل وهو المتيقن فان كانت ولادة الغلام اولا لا يعتقان بعتق نفسها وان كانت ولادة الجارية اولا تعتق الاخيرة بعتق نفسها فثبت لها حرية في حال دون حال فيثبت نصف بينهما وقال ابو عصمة ينبغي ان يعتق من كل واحدة منهما ثلاثة ارباعها لان الغلام لو كان اولا تعتق الام فتعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين اولا ثم الغلام عتقت الجارية الاولى والاخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الائمة قول ابي عصمة وقال هو الذي يوافق ما تقدم **قوله** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق اي عتاق الاصل بان شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا بتدبير احدهما مطلقا في صحته او مرضه لان التدبير حيث وقع كان وصية وعندهما تقبل ويؤمر بتعيين عتق احدهما وهو قول الشافعي ومالك واحمد رح **قوله** واصل هذا اي اصل هذا الخلاف لان الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند ابي حنيفة من غير دعوى العبد مطلقا لا في حرية الاصل ولا في

والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسئلة الكتاب كان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها لستر يظهرها

الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين ان الدعوى عنده ليست شرطا في حرية الاصل بل في العارضة فقط بخلافها على عتق الامة فانها تقبل بلا دعوى بالاتفاق وعندهما تقبل بلا دعوى والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان انكرت الامة العتق ولا يلتفت الى انكارها وتعتق لانها متهمة ولذا على طلاق النساء مقبولة من غير دعوى الاتفاق وان انكرت ويجيء على ان يوقع على احداهن **قوله** والمسئلة معروفة وجه قولهم ان المشهود به وهو العتق حق الشرع اذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكوة ويصح نذره وحلفه به ولنا الاحتياج الى قبول ولا يرتد اقرار السيد بحرية العبد برد العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو اقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل واقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لان التناقض يوجب بطلان صحة الدعوى وانما لا يكفي شهادة الواحد لانه وان كان امرا دينيا يتضمن ازالة ملك العبد وابطال ماليته مالية فلذا اشترط في الشهادة عليه اثنان ولابي حنيفة رح ان العتق انما زوال الملك المستلزم لثبوت الحق من مالكيته او هو نفسها وكلا الامرين حق العبد لانه المنتفع به على الخصوص ثم بعد ذلك يثبت ما ذكرين حقوقه ثم ثمرات هذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة ولا ثبوت للازم الا بعد الملزوم واذا كان المستلزم حقه لا يثبت الا بدعواه ولا يخفى انه يرد على هذا عتق الامة لانه يقال حرمة فرجها التي هي حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب ان يشترط دعواها فان قيل الفرق انها متهمة لرغبتها في صحبة مولاها حتى تقول لو كان العبد ايضا متهما قبلت بلا دعواه وذلك بان لزمه حد قذف او قصاص في طرف حتى لو انكر العتق ولا يلتفت الى انكاره قلنا نفرض الكلام فيما اذا لم ينكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع تاثير كون الثابت بالعتق اولا ما هو حق العبد مستلزما لحقي العبد تقرر في اشتراط الدعوى لانه اذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت اولا او ثانيا فان حول التقدير بكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى لا حقه سبحانه فما ذكرتم واما حق العبد فانه يصير به مالكا لاكسابه فيتمكن من اقامة مصالحه وتثبت ولايته من نفاذ قوله في الشهادة وانكاح بنت ومحصول ميراث له اذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج الى الدعوى ان لم نحتج الى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على ان الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصا الا يرى ان العفو عن القصاص والابراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا التناقض فان عدم منعه لخفاء رق الاصل وحريته كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما انه لما اجتمع على العتق الحقان فلحق الله تعالى فلنا لا يمنع التناقض في حرية الاصل ولا في الحرية العارضة وبحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين ورد عليه ايضا عتق الامة فان فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان بحق العبد ولا يمنع التناقض بحق الله سبحانه وايضا اذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج الى الدعوى لا يلزم توقيتها لانه بما فيه من حق الله يعارضه لان الثابت معه عدم الاحتياج الى الدعوى وانما يتعارضان لانه اذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضي ان لا يثبت بل الحق ان المنظور اليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما فترجح المثبت شرعا الاحتياط في امره وتوكيده وامر الفروج محتاط فيه فالاحتياط ان لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على شيء آخر بخلاف ما لم يثبت فيه مثله فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الامة

واذا كان دعوى العبد شرطا عندنا لا يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى ما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة رح وان لم يكن المدعى شرطا فيه لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عندنا على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين هذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبير في صحته او في مرض موته او على عتق احد عبديه في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصى له معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الورثة ولان الحق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا

والطلاق وبين عتق العبد لان حق سيحانه الثابت مع حرية الاسترقاق اثبت التشفي الا ترى ان الدعوى ليس من التاكيد بحيث يجب ان تثبت بل الدعوى وهما يقولان ان جميع حقوق الله تعالى يجب ان تثبت بلا دعوى لانه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فيقتضي شهادته ودعواه واما حق العبد فان افتقر ثبوته الى الدعوى فالنائب لنائب عن الله تعالى نائبا عنه وبهذا التقدير يحتمل ان المقصود في الحقيقة ليس الا الشهادة وانما يبقى فيه ان الوارث ينكر العتق والتهمة في حق العبد لا يجب الترجيح وتيرجح حقه تعالى ولا يقال المقرر ترجيح حق العبد لانا نقول ذلك عند التعارض بان كان ثبوت احدهما انتفى معه الآخر وهنا ثبت حق العبد مع حق الله تعالى بل اذا اثبتنا حق الله تعالى كان اثباتا لحق العبد سابقا عليه وانما فيه انه يثبت على زعمه **قوله** واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير وهي اذا شهدا انه اعتق احد عبديه لانه عتق المجهول الدعوى من المجهول لا يتحقق وانما يتحقق في المعين فينتفي المطابقة بين الدعوى والبينة وعندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر على تعيين احدهما **قوله** لو شهدا انه اعتق احدى امتيه الخ جوابه عما قد يقال اذا كان الدعوى ليس بشرط عنده في الشهادة على عتق الامة فينبغي ان تقبل على عتق احدى امتيه والواقع انها لا تقبل عنده اجاب بانه انما يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الامة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصا فشابه الطلاق وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى كذلك وكذا هذا والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فانتفى المستند فيه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين فان قيل لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الامة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الامة المجوسية والتي هي اخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي لان الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها بحرمة في الاولين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب انه تثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم فان وطي الاخت من الرضاع الملوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطيها قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي ينقدر بسبب حرمة فرجها فاثبت تحريما موجلا بانقضاء العدة واما الامة المجوسية فينبغي ان تشترط الدعوى عنده وما قيل ان وطيها مملوك له وانما منع منه حقها كالحائض فبالشهادة يتمنع ذلك والوطي فيه باقية **قوله** هذا كله اذا شهدا بعتقه احد العبدين من صحته اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه ليكون شهادتهما بعتق هو وصية وهو المستثنى في اول المسئلة وقد منا ان المدبر حيث ما وقع يكون وصية معتبرا من الثلث ولو في حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته او بعد وفاته يقبل استحسانا لان عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى واذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصى لان تنفيذ الوصية من حقوق الموصى فهو الخصم المدعى فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصي او الوارث بخلاف حالة الحياة فان الخصم في اثبات العتق ليس هو السيد لانكاره بل هو العبد وهو مجهول ووجه آخر للاستحسان وهو ان الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الوصي كان كلا من العبدين وهما سيان وفي حالة الحياة لا تتضح خصومتهما لانه لم يعتق منهما شيء بالمعتق المبهم بخلاف ما اذا مات المولى قبل البيان فان العتق ح يشيع فيهما فيعتق من كل واحد نصفه على ما عرف فيمن اعتق احد عبديه فمات قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما ولا يخفى ان المراد بخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا يقام البينة الا على منكر نفر بعض الشارحين ان تكون الورثة منكرين ذلك فهذا يكون قوله وعنه خلف وهما الوصي او ورثته يعني الوصي ان كان لا ورثته منكرين او الورثة ان كان الوصي منكرا فقيل فيشكل بما لو كان كل من الوصي والوارث منكرا فلا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا ولا مخلص الا باعتبار محل الميت مدعيا تقديرا وايضا قوله واذا شهدا في مرض موته الى آخره يفيد انهما تقبل في حياته وانت علمت ان قبولها بعد موته باعتبارها وصية لا باعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته لان المدعي العبد ان وهما غيره من انشأ فيه العتق اعني المبهم والحاصل ان انزاله مدعيا لا يكون الا بعد موته واما قبل موته فهو منكر ولهذا اصبح الى الشهادة وردت

ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل الشيخ

لعدم المدعى والاخلص الاتشهيده واذا كان المريض صحيحا حال اداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب ان يؤخر القضاء بهذه الشهادة الى ان يموت فيتقيد بها ولا يحتاج الى اعادتها ويعيش فيطلق لسانه فترد لعدم تمام المدعى قوله ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر الرواية فيه عن ابي حنيفة واختلف المشايخ في تعريفيا على قوله فقيل لا تقبل لانه ليس بوصية لاسناد هما العتق المنجز الى حالة العتق فلم يكن الميت مدعيا تقديرا وقيل تقبل لان العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا وصحح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال يجوز ان يكون احكم معلوما لهما يقتضي باجازتها وتبعه صاحب الكافي وقال به الاصح والقائل ان يقول شيوع العتق الذي يوهن صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله احدكما حر ولا ثبت له الا الشهادة وصحتها متوقف على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة فلو اثبت الشهادة ببعضها وهي متوقف على ثبوت العتق فيها شاكلها لزم الدور واذا لم تتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعد رجوعهما وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسئلة التي قبل هذه فرع على شهادة انه حر لا تنه بعينها فسماها فنسيا اسمها لا تقبل لانهما لم يشهدا بما تحملا وهو عتق معلوم بل مجهولة وكذا الشهادة على طلاق احدى زوجتيه فسماها فنسيا ها وعند زفر تقبل وتجبر على البيان ويجب ان يكون قولهما كقول زفر في هذه لانهما كشاهدتهما على عتق احدى ميتة وطلاق احدى زوجتيه وكو شهدا انه اعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما الا سماها وله عبد واحد اسمه سالم عتق لانه كان معينا كما اوجبه وكون المشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما ان القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف الوشهد وا ببيعه ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول ابي حنيفة لانه لا بد من المدعى لقبول هذه الشهادة عنده ولا يتحقق هنا من المشهود له لانه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية وهذا فصل في الشهادة على العتق اذا ادعى العبد العتق واقام شاهدا لا يحال بينه وبين المولى وفي الاتية اذا قالت شاهدي الاخر حاضر يحال ولو اقام العبد شاهدين ان كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر في امر الشهود لان الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما نفذت فتثبت بالحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا اقام شاهدا واحدا شهد بعتق عبده واختلفا في الوقت والمكان واللفظ واللغة او شهد احدهما انه اعتقه والاخر انه اقر انه اعتقه فالشهادة جائزة لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به باختلاف الشهادة فيما ذكرنا بخلاف ما لو شهد احدهما انه اعتقه والاخر انه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وصفا لان الهبة تمليك في الاعتاق احداث القوة وازالة الملك كذا في المبسوط فيحمل ذكر قبله من ان لا خلافا فهما في اللفظ لا يمنع على ما اذا كان مودى اللفظين في احدا وعدا ولا يخفى ان التعليل الذي علل به لقبولها عند الاختلاف في لفظ من ان العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضي انهما اذا اختلفا في انه اعتقه او وهبه لنفسه انه تقبل ولو اختلفا في الشرط الذي اعتق به العتق فاحدهما جعله كلام الرشيد والاخر الدخول مثلا لم تجز اذ لا يمكن القاضي من القضاء لواحد من الشرطين ولو اتفقا على انه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فانهما فعل فهو حر لثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى ولو شهد احدهما انه اعتقه بجعل والاخر بغير جعل لم تجز لان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الاحكام وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى منكر الجعل سواء ادعى العبد اقل المالين او اكثرهما ولو كان المولى يدعي اقل المالين والعبد ينكره عتق لاقرار المولى بحريته ولا شئ عليه لانكاره احد شاهديه وهو الذي يشهد له بالاكثر فان ادعى العتق بالف وخمسمائة قضى عليه بالف لان الشهادة لا تقوم بها على العتق لان العبد عتق باقرار المولى فانما تقوم على المال من ادعى الفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالف والاخر بالف وخمسمائة يقضي بالف لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى بخلاف الالف والالفين كما سياتي في الشهادات ان شاء الله تعالى ولو شهدا انه اعتقه ان كلم زيدا والاخر ان دخل فابهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين

باب الحلف بالعتق

ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يوم يدخل فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يوم يدخل تقدير يوم إذ دخلت لان الله اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول كذا الكاف في ملكه يوم حلف عند فتى على الملك حتى دخل عتق ما

بحجة تامة ولو تعارضت بينة العبد والمولى في مقدار ما اعتقه رجحت بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو اقام العبد البينة على انه قال ان بيتي الى لفلانة فانت حر وانه اداها واقام المولى انه انما قال اذا اديت الى الفين الى اخره فالعبد حر ولا شيء عليه لانه اثبت بينة تتضمن اسبقية حريته فيه ولو اقام العبد بينة انه باعه نفسه بالف واقام المولى انه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولى لان العتق تنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة في بينة المولى قال في الاصل ولو باعه نفسه بالف فاذا ابن مال المولى كان حرا وللمولى ان يرجع عليه بمثلها قال في المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا باداء المال وانما يتحقق هذا الاصل فيما اذا علقه بالاداء لان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المولى مفيقا او مغمى عليه من المولى ثم رد هذا المال على المولى كان مستحقا عليه فيقع من الوجه المستحق في الحكم ويكون لان يرجع عليه بمثله واذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لانهما لا يعدوان في ابطال الحكم ولا في ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمته بالتلف من ماليته على المولى اذ قد اقر بالرجوع انهما اتلفا ماليته على المولى بغير حق ولو ضمنا ثم قامت بينة غير هم بان المولى كان اعتقه ان شهدوا انه اعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والعتق لا يتوقف وان شهدوا انه اعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا ان عند هما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا به وان لم يكن ثمة رق لذلك وتبين به ان الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيئا بشهادتهم وانه انما ضمن بغير حق وعنده لا تقبل بلا دعوى فلا مرجع لما شهد به الفريق الثاني فان العبد حكم بحريته فلا يمكنه ان يدعي العتق والله تعالى اعلم

باب الحلف بالعتق الحلف بالعتق بالكسر مصدر حلف سماعي وله مصدر آخر وهو حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا دخلته التاء للمرة كقول الفرزدق

٥ على حلفة لا اشتم الدهر مسلما ٥ ولا خارج من فيّ زور كلام ٥ وقال امرؤ القيس حلفت لها بالله حلفة فاجر ٥ لناموا فما ان من حديث ولا صال ٥ والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية عن المنجز قدمه عليه ولما جرى الحلف على ان يوالي التصرف الذي يصح تعليقه الحلف به كما فعل في الطلاق فلم يعم الكل لي كتاب الايمان ليكون لضبط الاحكام المتصرف الواحد حيث يجمع في بابه فلا تتفرق الاحكام في الابواب ولو العتق المحلوف به اعلم ان بعض من ابى تخيير تعليق الطلاق بالملك قبل الملك اجازه في العتق روى ذلك عن احمد للفرق بان الشارع متشوف الى العتق دون الطلاق وعندنا الصحيح مطرد فيهما قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق اي ذلك المملوك الذي اشتراه ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك الا ان يكون اضافة الى المملوك قدره اليه بقوله لان التنوين في يومئذ عوض عن جملة المضاف اليها لفظا اذ تقديره اذ دخلت ولفظ يوم ظرف المملوك فكان التقدير كل من يكون في ملكي يوم الدخول حرا وهذا في الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول والمملوك لا يكون الا بملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاءه الدخول فكان اضافة العتق الى الملك الموجود عند الدخول بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت فانت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الى ملكه اصريحا ولا معنى وعدل الى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول ليفيد ان لفظ اليوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لانه اضيف الفعل الى مبتدء وهو الدخول وان كان في اللفظ انما اضيف الى لفظ اذ فالمضاف الدخول لكن معنى اذ غير ملاحظ اذ الكلام المراد يوم وقت الدخول وهو وان كان يكون على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول لتقييد اليوم به لكن اذا اريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا من الاستعمال الفصيح في نحو يومئذ يفرح

ولو لم يكن قال شيء يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال فالجزاء حرية المملوك في الحال الا انه ما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي ذلك مكانا وقت القول ولا تتناول من اشتريه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر هو حر او له جارية حامل فولدت ذكرا يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال في قيام الحمل وقت اليمين احتمال لو جوده اقل من ستة اشهر لكن اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك بتبع الام لا مقصودا او لانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الناقص دون الاجنة وهذا الايلاك بيع صفة اذ قال لعبد الصحيح وقال كل مملوك لي فهو حر يعتق عبده له مملوك فاستثنى آخر ثم جاء بعبد فقال كل مملوك لي حر يعتق العبد الذي جاء به لان قوله مملوك لي للحال حقيقة قال انا املكك كذا اريد به الحال لكن لا يستحيل له من غير قرينة وللاستقبال قرينة سنين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين

المؤمنون فانه لا يلاحظ فيه وقت يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون وله نظائر كثيرة في كتاب الله وغيره فعرف ان لفظ اذ قد يذكر تكثيرا للعوض عن جملة الموقوف او عما دلت عليه احدى التنوينين ولكنه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظه معناها ومثله كثير في اقوال اهل العربية في بعض الالفاظ لا يخفى على من له نظر فيها وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبتي في ملكه حتى دخل يعتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما قلنا اي من ان المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم قوله ولو لم يكن قال في عينه يمينا بل قال اذا دخلت فكل مملوك لي حر لا يعتق ما اشتراه لعدم التكلم بل الذي كان في ملكه وقت التكلم ووجه المطابقة لان قوله كل مملوك لي مختص بالحال اجزاء حرية المملوك في الحال تعليق في الحال بمملوك اي المملوك في الحال حر فالجزاء حرية هي الجزاء فاما دخل الشرط عليه اخرت الى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لي حالا ان المختار في الوصف من حيث هو العمل والمفعول ان سناء قيام الحال التكلم بمن نسب اليه على وجه قيامية او وقوعه عليه واللام للاختصاص اي للاختصاص من حيث معنى استقلالها اليه اي معنى التعلق به مملوك فلزم من التركيب اختصاص المتكلم بالمتصف بالملوكية الحال وهي اثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه باثرها في الحال والاثبت الاثر بلا مؤثر وهذا ويعتق بقولك لكل مملوك لي حر العبيد ولو مرهونا او آبقا او موجرا والاماء وان كن جمع ام ل واماءات اولاد المدبرون واولادهم والمدبرات اولادهم ولا يدخل المكاتب خلافا لزفر لانه مملوك من وجه او هو حر يدا اولو نوى لم يذكر فقط لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر مجرى عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع ان جملة من الاصوليين على ان جمع المذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل الملك المشترك ولا الجنين الا ان يعينهم ولا عبيد عبيده للتاجر هو قول ابي يوسف الا ان غيرهم سووا على العبد التاجر وان لا دين عليهم يعتقون نواهم او لا عليه دين او لا وفي قول ابي حنيفة رح ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم ولو قال عنيت ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وليس له اذا ملكه لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر بنيته في ابطال حكم الظاهر واعتبر انه لاثبات العتق فيما استقبل لا ان التعليل يشهد الى ان عتق ما هو في ملكه مع نيته انما هو في القضاء وفي الذخيرة قال مماليكي كلهم احرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لي ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى فان قلت ما الفرق وفي الوجهين هو تخصيص العام فالجواب ان كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكي لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لي فان اثنابته اصل العموم فقط فقبل التخصيص قوله ومن قال كل مملوك لي ذكر هو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق ما ولدته لستة اشهر من وقت القول واقل اما اذا ولدته لستة اشهر فلان اللفظ اي لفظ كل مملوك لي للحال على ما بينا من وجه ونفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجوده تمام مدة الحمل بعده فجاز ان لا يكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ولم تقل لا يعتق بالشك لانه لا شك لان الظاهر ان مدة الحمل لا يكون الا اكثر من ستة اشهر واما اذا ولدته لاقل من ستة اشهر فلان التيقن بوجوده حال التكلم وان كان قائما لكن لفظ المملوك المطلق انما ينصرف الى المملوك بالاصالة لا الاستقلال واحمل مملوك تبعا لامه كعضو من اعضائها حتى ينتقل بانتقالها وتغذي بغذائها كما تتغذى العضو به ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعا للحامل والدليل على انه يعتبر في الشرع نفسا مملوكة انه لا يجزي عن الكفارة ولا تجب صدقة فطرة قال الصدر وفائدة التقييد بالذكورة انه لو قال كل مملوك لم يتقيد بكونه ذكرا خل الامة فتدخل الحامل فتعتق حملها تبعا وذلك باطل على ان لفظة مملوك لما لم تختص بالمملوكية وقيد التذكير لسنين المفهوم ان كل ما لم يثبت مفهوم مملوكية فيكون مملوك علم من مملوكة فلا تناوله عند الله على لتناوله لا الدلالة على عدم التناول ثم باب الاستحسان فيه على الامتية فوجب اعتباره كذلك قوله وان قال كل مملوك لي ملكه بعد غدا يعني ان بعد ظرف محض لا الملكة او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك في الصورتين فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف دون المشتري لان لفظ بعد غد بالرفع لانه فاعل يجاء لا ظرف وهو جواب ان كل مملوك لقد انه للحال وكذا لفظ الملك للحال حقيقة يقال انا املك كذا فيتبادر منه الحال والتبادر دليل الحقيقة وكذا يستعمل فيه من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كما سنادي الى المتوقع واقتضائه طلبا على ما عرف في النحو وهذا احد المذاهب لاهل العربية وقيل بقلبه وعليه مشى في المحيط حيث قال الملك وان

ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر ولا آخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف رح في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر وله ما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الى الحالة المنتظرة وهي حالة الرهنة لا يرى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اختيارا للحالة الراهنة فيصير بمعنى العتق

وان كان حقيقة في الاستقبال الا انه صار للحال شرعا كما في الشهادة وعرفا يقال املك كذا درهما فكان كذا درهما فكان حقيقة في الحال والمذهب الثالث انه مشترك للحال والاستقبال وهو الذي اودعه بعض الشارحين على كلام المصنف ظنا ان مذهب النجاة ليس الا انه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه والعجب منه جواب ابن رام دفعه عن المعربان قول المصنف ولانه للحال لا يدل على انه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك حقيقة في المعنيين انتهى فترك النظر الى قول المصنف ولذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال بقرينة وهذا صريح في انه في الاستقبال مجاز لانه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا ان الاشتراك ليس مذهب كل النجاة بل المذاهب ثلثة وما اختاره المصنف مذهب المحققين منهم كابي علي الفارسي وغيره فاستدل عليه بما ذكر المصنف انه لا يراد الاستقبال الا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال واما اختيار عكسه كما في المحيط فورد عليه ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عند ابي حنيفة فكان ينبغي ان يكون الجواب عنده على خلاف المذكور واما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجهه به ان تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة اي المعينة لاحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو اسافر واتزوج فانه مخوف بقرينة الاستقبال وهي المشاهدة واذا ثبت انه يراد به الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حريته عبد مملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال **قوله** ولو قال كل مملوك

املكه او كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذي كان عنده مدبر مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول والذي اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث ان خرجا منه عتق جميع كل منهما وان ضاق عنهما ليضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن ابي يوسف في النوادر انه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وانما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر وهذا لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من ان المضارع للحال وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار به الكاسر في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الآخر وبهذا الوجه طعن عيسى بن ابان في جواب المسئلة فاوجب المروي عن ابي يوسف وايضا لو لم يرد به الحال فقط فاما ان يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم اما تعميم المشترك او استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال والمستحدث عند ملكه لانه ح في المعنى كل مملوك لي او شيأ ملكه مدبر وكذا ان اريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب اليه محمد رح فيمن قال كل مملوك املكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غدا ممن كان مملوكا له حال التكلم او ملكه الى غد خلافا لابي يوسف فان على قوله لا يتناول الا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا مطلقا على قول محمد كما لو قال كل من كان في ملكي عند الموت مدبر وهو منتف او يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك املكه الى ستة اشهر او الى ان اموت او ابدا لزم ان لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الاقسام فتعين الاول وهو ان يعتق الكائن في ملكه وقت التكلم فقط ولازمه ما ذكرنا وعرف من هذا ان صور التراكيب ثلثة اقسام ما يتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك املكه او كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على الكائن في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك املكه الى ستة ونحوه وما فيه خلاف فيهما وهو نحو كل مملوك املكه غدا ففي قول محمد رح يعتق في الغد ما كان في ملكه والمستحدث خلافا لابي يوسف وقول محمد اقيس يستلم بتأمل **قوله** ولهما ان هذا اي مجموع التركيب لا لفظ املكه فقط كما في بعض الشروح

ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة فهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر وهو بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

ايجاب عتق وايصاء لان حاصل التدبير ايجاب للعتق مضافا الى ما بعد الموت وهذا هو الايصاء به فوجب ان يعمل بمقتضى كل من الايجاب والايصاء الذين هما معنى التدبير ومقتضى ايجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف الى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه بمقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة اعني الحالة التي هما والرهن الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة ايضا للاتفاق على انه لو اوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو اوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك اولاد دخلوا واستحقوا الموصى به وانما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فصير كانه قال عند الموت كل عبد لي حر فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك وبعد ما ملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد املكه غدا فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هي جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل في الحال ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في معنييه اعني لفظ الملك وهو ممنوع عندنا اورده المعترض واجاب بان الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين وانت تعلم ان هذا قول العراقيين غير مرضي في الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف قط لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين ولو امكن ان يقال ان لفظ اوجب تقدير لفظ اذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قول كل عبد لي حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب وابه للاصحاب وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديم تقديره عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا فانما يحتاج اليه لضمن موته من قوله فصار لا يتعلق به عبارته عند ملكه لا الصريح لانه لم يتناول الا الحال ولا المقدرة لتاخير تقديرها الى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا مطلقا ولا مقيدا كان دافعا للاشكال فروع من تعليق العتق قال لعبده ان بعتك فانت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعلق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا ان يكون البيع فاسدا فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسليمه الا ان يكون المشتري يسيمه قبل البيع فح يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في المبسوط وحقيقة الوجه ان يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما متعاقبان البيع فلا ثبت العتق في حال زوال الملك كما لا ثبت في حال تقرير زواله ولو قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعي له لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط الذي كان مجموع امرين كان الشرط وجود الملك عند اخرهما وقد بينا مثله في الطلاق ولو دخل احداهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع امرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت فانت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير انه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فصير كانه قال له عند الدخول الكائن في غير ملكه انت حر اذا كلمت فلانا كان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا ينعقد في غير ملكه كلاما غير موقع ولو قال ان دخلت فانت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق التدبير بدخول الدار فصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح الا في الملك او مضافا اليه واذا لم يصح التدبير

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان تقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى يصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما

العتق بموته وهو على عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه فعتق عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان عتق النصف والعتق يتجزى عند ابي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لان المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه وهو جمع بين عبده وما لا يقع فيه العتق من بيت او حجر او حمار وقال احد كما حل وقال هذا او هذا عتق عبده عند ابي حنيفة وان لم ينوه وقالا لا يعتق الا ان ينويه ومثله واصله مر في الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد انه اذا جمع بين عبده وسطوانة وقال احد كما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية للجزم ولو قال هذا حر او هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لانا كقوله هذا حر او لا وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال ان خلت دار فلان فانت حر فشهد فلان واخر انه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو واخر انه كلمه لم يعتق لان فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان انه كلم ابا هما فان جد الاب جازت شهادتهما لانها على ابيهما بالكلام وعلى انفسهما لوجود الشرط دان ادعاه ابوهما فعند ابي يوسف هي باطلة وعند محمد جائزة لانه لا منفعة للمشهود به لابيهما ومحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وابو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والانكار لان الشهادة تهما يظهران صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح والله اعلم بالصواب

باب العتق على جعل اخر هذا الباب على ابواب العتق منجزا ومعلقا كما اخر الخلع في الطلاق لان المال في هذين البابين من الاسقاط غير اصل بل الاصل عدمه فاخر ما ليس باصل عما هو اصل ويجعل ما يجعل للانسان على شيء بفعله وكذا الجعالة ويقال الجعالية بضم الجيم وكسرها وفي الصحاح وفي غيره من غريب الحديث للحربي وديوان الادب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان **قوله** ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او علي ان لي عليك الفا او على الف تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف او بتمتك نفسك بالف او وهبتكها على ان تعوضني الفا فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب للولاء بعوض ولا عوض لانه معاوضته ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع وكما اذا طلقها على مال فقبلت وهذا لان المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان في ملكه حكما للمعاوضة وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك ان كان حاضرا وان كان غائبا اعتبر مجلس علمه فان قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وان رده او اعرض اما بالقيام او باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له ان يقبل بعده واذا صار دينا على حر صحت الكفالة به وعليه ما ذكر في الاصل اعتق امته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئا فليس على الولد من ذلك المال شيء لانه ليس على الوارث في دين المورث شيء ولو كانت اعطته في حياتها كفيلا بالمال الذي اعتقها عليه جاز لانها حرة مديونة بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لانه دين ثبت مع المنافي للضرورة بالشرع لضرورة حصول العتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى الى الكفيل والمنافي هو الرق فانه ينفي ان يكون للمولى على مرقوقه دين ولان الكفالة انما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه الا باداء او ابراء ممن له وبدل الكتابة يسقط بدونهما

واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة **قال** ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما يتبين ان شاء الله تعالى وانما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب لطلب الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي كان اذنا دلالة

بان عجز نفسه وكما تصح الكفالة به جاز ان يستدل به ما شاء بيد لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز ان يستبدل به كالاثمان ولا خير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام **قوله** واطلاق لفظ المال اي في قوله على مال ينتظم انواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وان كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وان لم يقل جيدة او صعيدية وكفرس او حمار او عبد لان الجهالة يسيرة فتحمل لانه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح وعلل المعه كونه معاوضة مال بما ليس بمال بان العبد لا يملك نفسه بعتق الحاصل له في مقابلة المال ليس بمال لان نفسه بالنسبة اليه ليس بمال لانه يبقى على اصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود والدين وان تاخر عنه الى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد وفيها يظهر ذلك كما تقدم ويلزمه الوسط في تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسها من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي ولو اتاه بالقيمة اجبر المولى على القبول كما في المشهور وهو مذهب مالك واحمد ولهم المخير بان قال على ثوب او حيوان او دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو ادى اليه العبد او العرض فاستحق ان كان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله وقد علمت ان القيمة في مثله مخلص وان كان معينا بان قال اعتقتك على هذا العبد او الثوب او بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا هلك قبل التسليم واذا كان الحكم انه لو اشترى شيئا بعبد الغير صح البيع فكذا هنا الا ان في البيع اذا لم يجز مالك العبد يفسخ العقد وهنا لا يفسخ بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا في المال جنسه او مقداره بان قال المولى اعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة او على الف وقال العبد على خمسمائة فالقول للعبد مع يمينه وكذا لو انكر اصل المال كان القول له لانه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى اما لاثبات الزيادة او لانه يثبت حق نفسه ببينته ولو كان هذا الاختلاف في مسئلة التعليق بالاداء وهي التي تلي هذه المسئلة اعني قوله ان اديت الي الفا فانت حر فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فان العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه اما هنا فلا يعتق الا بالاداء وانما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد اذ لا منافاة بين البينتين لانه يجعل كان الامرين كانا في الشرطين اتى به العبد يعتق ولان البينتين للالزام وفي بينة العبد سقط الالزام تم فانها اذا قبلت عتق العبد باداء حسابه ليس في بينة المولى الزام فانها اذا قبلت لا يلزم العبد اداء المال هكذا فاعرف هاتين المسئلتين ولو قال المولى اعتقتك امس على الف فلم تقبل فقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه اقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعي وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال له قلت لك امس انت حران شئت فلم تشأ وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب امس بالف فلم تقبل قال الآخر بل قبلت القول للمشتري لان القائل اقر بالبيع ولا يتحقق البيع الا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما اقر به **قوله** ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف فانت حر ومعنى صح اي التعليق فيستعقب مقتضاه وهو انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما تبين في مخالفية زفر فان الكتابة ليست صريحا في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد ماذونا ضرورة ان الحكم الشرعي بصحة هذا

وان احضر المال اجبر الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية وللمولى المال بمقابلة نزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء علما باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للضرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه ويخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض

التعليق واستقبابه اثناءه من العتق عند الاداء وذلك يقتضي ان يتمكن شرعا من الاكتساب ولانه رغبه في الاكتساب حيث علق عتقه باداء المال ويستلزم طلب المولى المال منه فيلزم ان يجعله ماذونا لان المرضوخ للاكتساب في العادة وخصوصا عادة المتحققين نصفة انهم موالي العبيد هو التجارة لا التكدي لانه خسة يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فادى عتق لوجود الشرط قوله وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرها ان ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بان يكون بحيث لو مد يده اخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم ان يحكم بانه قد قبض هذا اذا كان العوض صحيحا اما لو كان خمرا مجهولا جهالة فاحشة كما لو قال له ان اديت الي كذا خمرا او ثوبا فانت حر فادى ذاك لا يجبر على قبولها بل لا ينزل قابضا الا ان احده محتازا واما عدم العتق في قوله ان اديت الي الفا فجمعت بها فانت حر لا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والجمع فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة وكذا ان كان قال ان اديت الي الفا جمعا بها يجبر على القبول لان الاداء تمام الشرط والجمع وقع مشهورة وقال زفر لا يجبر على القبول اي لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان اخذه كان قابضا وعتق العبد وقوله هو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على ان يباشر الانسان سببا يوجب عليه شيئا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا اتى بما هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم ان الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط اذا اتى بما يقتضيها كقوله ان اديت الي الفا كل شهر باية فانت حر فانه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكره في الذخيرة مقتصرا ونسبه الى الخزانة والمسئلة في مبسوط شمس الائمة وذكر ان هذا هو المذكور في نسخ ابي سليمان وفي نسخ ابي حفص لا تكون مكاتبة وله بيعها لانه تعليق بشروط وهو ان يؤدي المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء ووجه رواية ابي سليمان انه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني لا للالفاظ واستشهد لابي حفص بما لو قال ان اديت الي الفا في هذا الشهر فلم يؤده فيه واداه في غيره لا يعتق اتفاقا واجيب بان ليس في هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التامل قوله ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه علق عتقه بالاداء لا ليحثه على دفع المال لينال العبد شرف الحرية من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهذا معنى معاوضته وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق اذا قال ان اديت الي الفا فانت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تاخر هذا الاعتبار الى وقت اداله اياه ويلزم اعتباره مكاتبا لان ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت ملكه كذلك قبيله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الايراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لان على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى وقد اجيب بان هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا تمام ان اريد بالمبدل العتق اما ان اريد به الاعتاق الذي هو فعله فلا ولو حول تقرير الاشكال الى ان المال ملك السيد فكيف يعتق باداله وان انزل مكاتبا كما ان المكاتب لا يعتق باداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال كيف ما قرر وامّا ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والا لتضرر السيد اذ

انه

لفظا

الهداية

ولو أدى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي

يقنع بيعه عليه ويصير العبد احق بمكاسبه من سيده مع انه لم يجب عليه اداء مال وتسرى الجرية الى المولود للامة المعلق عتقها بالاداء بخلاف ما لو كان عبدا لان رق الولد وحرية تابعة لامه والحاصل انه ثبت لها حبتا التعليق والمعاوضة فوجب توقيره مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه اى على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقا وبعضها يقتضي اعتباره معاوضة الا انه لما تاخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت احكام الشرط اكثر من احكام المعاوضة فلم يثبت من احكامها الا ما هو بعد الاداء وهو اذا وجد السيد بعض المودى ذيوفا فان له ان يرجع بقدره جيادا وما كان من ضروريات المعاوضة هو تقديم ملك العبد لما اداه وانزاله قابضا اذا اتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت اشارة بالنسبة الى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة الاولى ما ذامات العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى فلا يودى منه عتقه ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة والثلاثة لو كانت امة فولدت ثم ادت فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه وادى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو ابرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو ابرأ المكاتب عتق كذا ذكروها والظاهر انه لا موقع لها اذ الفرق بين تحقق الابراء في الموضعين يكون والابراء لا يتصور في هذه المسئلة لانه لا دين على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه اورد عليه بخيار عيب فمضى وجب قبول ما يأتي به خلافا عند ابي يوسف نعم وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فانه لا خلاف في انه يجب ان يقبله ويعتق قابضا ووجه قول محمد ان وجوب القبول انما لم يكن قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير انه لو قبل عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف في الايمان بالطلاق وقول ابي يوسف عندي اوجه لان الكتابة التي تبطل بالبيع هي القائمة عنده وانت علمت ان انزاله مكاتبا انما هو في الانتهاء وهو ما عند ابي حنيفة فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس الا احكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة معتبرة شرعا للتبطل وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب بثوت احكامها ومنها وجوب القبول اذا اتى بالمال السالمة انه يقتصر على المجلس ولا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس فلو اختلف بان اعرض او اخذ في عمل آخر فادى لا يعتق بخلاف الكتابة هذا اذا كان المذكور من ادوات الشرط لفظة ان فان كان لفظة متى او اذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة انه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل ان يودي بخلاف المكاتب التاسعة ان للسيد ان ياخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل ان يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب العاشرة انه اذا ادى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فياخذه بخلاف المكاتب الحادية عشر لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فاداه بعده اليه عتق وان كان السيد يرجع بمثله على ما سيذكر بخلاف الكتابة لا يعتق بادائه لانه ملك المولى الا ان يكون كاتبه على نفسه وماله فانه حينئذ يصير احق من سيده فاذا ادى منه عتق **قوله** ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لم يعتق لان شرط العتق اداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه البعض وادى الباقي فانه لا يعتق كما ذكرنا في المسائل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض ما يجب عليه قبوله فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه ولا خفاء في ورود منع هذه الملازمة وذلك لان وجوب قبول الكل لان به يتحقق شرط العتق الذي

ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق يرجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه لانه نفاذ من جهته بالاداء منه ثم الاداء فى قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفى قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتى على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا على الف درهم

هو حق العبد وليس ادا البعض كذلك الا اذا كان فى ضمن الكل فانه يجب قبوله باعتبار انه محقق الكل لا باعتبار انه بعضه فلهذا كان فى هذه المسئلة خلاف وما ذكره المصنف هو المذكور فى الايضاح وذكر شيخ الاسلام انه لا يحتسب قبوله كما ذكرناه وذكر فى شرح الطحاوى ان عدم وجوب قبول قول ابى يوسف ره وانه القياس والاستحسان هو ان يجبر على القبول كالمكاتب والاوجه وهو وجه الاستحسان ان وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن اداء الكل دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه ومما تقدم يعلم انه السيد لو حفظه منه قبل ان يأتيه به جاز ولا يحتسب له به من اداء المشروط

يحتسب

قوله ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه بمثلها اما العتق فلوجود الشرط وهو اداء الالف حتى يعتق لو كانت الفا مغصوبة الا انه لا يجب عليه قبول المغصوبة واما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول الهداية لاستحقاقها اضافة المصدر الى المفعول وهو تعليل للرجوع وهذا لانها ملكه والعبد وان قلنا انه يملك ما اكتسبه عند الاداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق وانما ينظر فى الغرض وهو ان يعتقه باداء الف يحدث حصولها له فيملك ما لم يكن مالكه وتلك الالف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى **قوله** ثم الاداء فى قوله ان اديت يقتصر على المجلس فلو اختلف المجلس بان قام العبد او اعرض او اخذ فى عمل آخر ثم ادى لا يعتق وهذا لانه تخيير محض فليس فى كلامه ما يدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى لدلالتها عليه لا يتوقف فيهما اى وقت ادى عتق وعن ابى يوسف ره ان ان بمنزلة اذا ومتى وقد يوجه بان ان لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء فى مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر المطلق عن الوقت يتخير فى اى وقت شاء ويجاب بانه لما لم يدل على الوقت فانما ثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى ان معنى كونه ضرورة الفعل ان تحقق الفعل بدونه فلا يمكن فلا يثبت مدلولا اصلا فانما يثبت للفعل وقت وجوده اى وقت وجد لا يقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء لانا نقول يجب ان يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر فى حلفه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالاداء **فرع** قال ان اديتا الى الفا فانتما حران فاداها حصته لم يعتق لان شرط العتق اداؤهما جميع المال وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام فى المعاوضات وكذا لو ادى احدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط اداؤهما فلا يتم باحدهما فان قال المولى خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبى اؤديها اليك عتقا لان اداء الرسول كاداء المرسل فتم الشرط وهو اداؤهما ولو ادى عنهما اجنبى لا يعتقان لانه ليس اداؤهما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللمولى ان يرجع على المولى لانه ادى ليعتقها ولم يحصل مقصوده فان قال اؤديها اليك على انهما حران او على ان يعتقها فقبل على ذلك عتق ويرجع المولى بالمال على السيد انما العتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لها واما حق الرجوع فلان عوض العتق لا يجب على الاجنبى ولو قال هما امرانى ان اؤديها اليك فقبلا عتقا لانه رسول عنهما

قوله ومن قال انت حر بعد موتى على الف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب فى عقد المعاوضة وهو القبول انما يعتبر فى مجلسه ومجلسه وقت وجوده والاضافة

بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال لا
انه لا يجب المال لقيام الرق فلو اعتق عليه في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهكذا

تؤخر وجوده الى وجود المضاف اليه وهما ما بعد الموت ولو امكن اضافة البيع ونحوه وجب فيه ايضا كون قبول البيع متاخرا الى وقت وجود المضاف
فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لانه ايجاب للتدبير في الحال الا انه لا يجب
المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا واذا اعتق بعد الموت لا يلزمه شئ لانه لما لم يجب عليه عند القبول
لم يجب عليه بعده وعلى هذا لا فائدة في تعليقه بالقبول الا يظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فانت مدبر وهما كما اذا
علق تدبيره بدخوله الدار وادر دان قوله انت مدبر على الف هو معنى انت حر بعد موتي على الف فينبغي ان يشترط في مسئلة الكتاب القبول
في الحال اجيب بان مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد حتى لا يمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر
على الف اضافة لفظا ليكون يمينا فلا يشترط القبول بعده وفي النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر في الحال في انت مدبر على الف لانه قابل الالف
في التدبير بحق الحرية وحق الحرية مستحق قبل الموت واعتبر بعد الموت في انت حر بعد موتي على الف لانه قابلها بحقيقة الحرية بعد الموت
فيعتبر القبول بعد الموت ولا يخفى ان التدبير ليس معناه الا الاعتاق المضاف الى ما بعد الموت وذلك هو الثابت في كل من قوله انت
مدبر وانت حر بعد موتي بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان ناطق ثم يثبت حق
الحرية فنه رجا عن صحة تلك الاضافة التي هي التدبير لان حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق
واعلم انه روى عن ابي حنيفة في نوادر بشر بن الوليد اذا قال انت مدبر على الف ليس له القبول الساعة وله ان يبيعه فاذا مات المولى وهو في
ملكه وقال قبلت اداه الالف عتق فعلى هذا استوت المسئلتان في ان القبول بعد الموت وروى عن ابي يوسف فيهما ان لم يقبل حين قال له
ذلك فليس له ان يقبل بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن ابي يوسف في الاملاء اذا قال اذا مت فانت حر
على الف درهم القبول في حالة الحيوة لا الوفاء فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق
بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين في ان القبول حالة الحيوة الا انه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال وذكر
السرخسي عن ابن سماعة عن محمد ولو قال انت مدبر على الف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر في الجامع في مسئلة
انت حر بعد موتي على الف ان القبول بعد الموت فقد سوى بينهما في هذه الرواية في ان القبول بعد الموت كما سوى ابو حنيفة فيما ذكرنا
عنه كذلك وجه فما قيل انهم اجمعوا انه لو قال انت حر على الف بعد موتي فالقبول بعد الوفاة لا يصح اذ يجب ان يجعل قول ابي يوسف في
قوله اذا مت فانت حر على الف ان يقول في حالة الحيوة رواية في انت حر بعد موتي على الف ان القبول في حالة الحيوة بل الاولى لان هناك
الايجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك يجعل القبول في الحال وهنا هو بالموت مضاف ثم لا يخفى ان الاعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه من
ابي يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال عوضا عن العتق والا لقال ان اخترت التدبير فانت مدبر
وهذا لان المولى ما رضي بعتقه الا ببدل وتعليقه بقبول المال ظاهر في ذلك ولا مانع شرعي منه اذ المولى يستحق على عبده المال اذا كان بسبب
العتق كما في المكاتب واذا لم يستحق عليه بسبب غيره على ان المروي عن ابي يوسف ومحمد في المسئلة انما هو استحقاق المال بعد موت
السيد فح يكون حرا فالحاصل تاخر وجوب المال الى من حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق والمرجع

قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق مومات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمته خدمة اربع سنين لانه يصير عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفسا لعبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرهما

العتق عند القبول فقال المصنف عن المشائخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة ونواذ غيره او الوصي او القاضي ان امتنع الا ان الوارث يملكه عتقه تنجيزا وتعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا فلو قال ان دخلت الدار فانت حر فدخل لا يعتق واذا اعتقه الوارث فولاؤه للميت لان عتقه يقع له ولذا لو اعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بان الميت ليس اهلا للاعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره واعتمد بان الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة والتعليق ولذا الوجن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت وليس التدبير الا تعليق العتق بالموت واجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بان هناك الموجود بطلان اهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروج عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا هو في ملك غيره ولا يخفى ان هذا ليس دفعا للسوال وهو ان ما علل به من فوات اهلية المعلق لا اثر له وما ذكر من خروج المحل عن محليته عتقه ان اراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بان انتفاء اهلية المعلق ليس له اثر في عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد انه علل بما لا اثر له فاجاب المجيب بابداء علة اخرى او مانع وقال هذا جواب هذا السوال فالصواب في الجواب ان يقال حيث علل بان الميت ليس اهلا للاعتاق لم يتبين ان عدم اهليته لذلك بسبب الموت او غيره وبنى السوال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده انه ليس اهلا لاعتاقه لخروجه عن ملكه الى ملك الورثة فصار اجنبيا عنه وانما لزم خروجه الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تاخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا بعتقهم وبهذا يندفع ما اورده شارح فقال ينبغي ان يعتق حكما لكلام صدر من الاهل في المحل وان كان الميت ليس اهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر في حال الاهلية ثم استدل على ذلك بان القبول بعد الموت معتبر فهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى ان بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا يشترط ان يكون في ملكه عند نزول العتق ثم نفي الفائدة ممنوع فان بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل اعتقه القاضي ولم يكن بولاء القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له ثم يقال اذا كان العتق لا بد منه فما السبب الى نقله اليهم ثم امرهم بالاعتاق ان كان لسببية انه لا سائبة فلو بقي في ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلو لم يبق على ملك الميت ويجعل مثل ما هو من حوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من ان يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بمدته لان القبول لا يعتبر بعده بل يتقيد به وما تقدم من نوادر بشر من قول ابي حنيفة رح فاذا مات المولى وقال قبلت او ارا الالف عتق ظاهر في عدم تاخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل بذلك الشارح ايضا مع ان في المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتاخرين من قال ينبغي ان لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا اصح فانه يفيد ثبوت الخلاف ثم نقول العتق ما وقع الا من الحي لان العتق بقوله انت حر المعلق او المضاف الصادر منه حال حياته وان كان نزول اثره بعد موته الا انه يبقى عليه اشكال هو لزوم ان يبقى على ملك الميت شهرا فيما اذا قال انت حر بعد موتي بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصرها لا اثر له فان الموجب حاجته الى ما ذكر وهي متحققة فيهما وسياتي لبعضهم فرق في الباب بعده قوله ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين مثلا او اقل او اكثر فقبل العبد فعتق ثم مات المولى

ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم علي ان تزوجنيها فعلت فابت ان تتزوجه لا تعتق جاز ولا شئ على الآمر وكان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي فعلت لا يلزمه شئ ويعتق عما مر بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان شرط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قدمناه من قبل

من ساعته فعليه اي على العبد قيمته عند ابي حنيفة في قوله الآخر وهو قول ابي يوسف وفي قوله الاول وهو قول محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين آ العتق فلانه جعل الخدمة وهي معلومة اذ هي خدمة البيت المتعارفة في مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبوله كما في غيره من المعاوضات لانه صلح عوضا لان المنفعة اخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهرا مع انه تعالى امر بابتغاء النكاح بالمال ثم اذا مات العبد او المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو بناء على الخلاف في مسئلة اخرى وهي ما اذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت او هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عند هما وعند محمد بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وان كان غير فاحش فلذا عند هما وعند محمد لا يقدر على رد ها بالعيب اليسير ووجه البناء ظاهر وان ذكره في الكتاب ولا يخفى ان بناءه على تلك ليس بادلى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائي او لم يقل احد انه ترجع الورثة في مورد المولى بعين الخدمة قيل لان الناس تيفاوتون في الاستخدام وقيل بل الخدمة هي المتعارفة من خدمة البيت لان الخدمة منفعة وهي لا تورث وجه قول محمد وهو قول الشافعي وزفر ان الجارية او الخدمة جعلت بدل ما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ولا يمكن الفسخ اذ العتق لا يفسخ فتجب قيمته او مثله لو كان مثليا وصار كما اذا تزوج على جارية او خالع عليها او صالح عن دم عمد ثم استحقت او هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقا ووجه قولهما انها بدل ما هو مال وهو العبد وان كان لا يملك نفسه كما اذا اشترى عبدا اقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لان العبد مال بالنسبة اليه حيث اخ. مالا في مقابلة اخ. اجابه عن ملكه نعم ههنا ملاحظة اخرى فرعية باعتبارها اخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالاعتاق وهذا الاعتبار لا ينافي الامر الثابت في نفس الامر وهو خروج مال عن ملكه بذلك التعويض فصار كما اذا باع عبدا بجارية ثم استحقت انما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قيس عليه لانه مبادلة مال بما ليس بمال ولهذا لو شهدوا بالسقاط القصاص وابطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهدوا بالاعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات احدهما اخذ بقيمة خدمة ثلاث سنين عند محمد عندهما بقيمة ثلاثة ارباع رقبته وعلى هذه النسبة قس على هذا لو اعتق ذمي عبدا على خمر او خنزير يعتق بالقبول فان اسلم احدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه وعند محمد قيمة الخمر هذا في المعاوضة اما لو كان قال ان خدمتني اربع سنين او سنة مثلا فخدم بعضها ثم مات احدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع ان كان الميت المولى وكذا لو اعطاه مالا عوضا عن خدمته او ابراه المولى منها او بعضها على ما تقدم وكذا لو قال ان خدمتني واولادي فمات بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق **قوله** ومن قال لآخر اعتق جاريتك على الف درهم علي ان تزوجنيها وفي بعض النسخ زيادة لفظ علي قبل علي ان تزوجنيها وليس في عامة النسخ وهي ادل منه على ايجاب المال على المتكلم وان كان كذلك مع تركها ايضا فاذا اعتق فاما ان تزوجه او لا تزوجه ان تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق فان لم تزوجه لا يجب على الآمر شئ اصلا لان حاصل كلامه امر المخاطب باعتاقه امته وتزويجها منه على عوض الف مشروطة عليها منها وعن مهرها فلما لم يتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها واما حصة العتق فباطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبي بخلاف الخلع لان الاجنبي فيه كالمرأة لحصول لها ملك ما لم تكن تملكه بخلاف العتق فانه ثبت للعبد فيه قوة حكمية هي ملك البيع والشراء والاجارة والتزويج وغير ذلك من التصرفات والقضاء لا يجب العوض الا على من حصل له الموعود فان تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب قيمتها سقط عنه وما اصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كان قيمتها مائة او كان قيمتها الفا ومهرها مائة او الفا سقط عنه خمسمائة ووجب لها خمسمائة عليه وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين او الفين ومهرها مائة او الف سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث وقوله وقد ذكرناه من قبل يعني ما ذكر في خلع الاب ابنته الصغيرة حيث

ولو قال اعتق امتك عني على ألف درهم والمسئلة بحالها قومت الأمة على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر بطل عنه لأنه لما قال عني تضمن الشراء فتنهيأ له على ما عرف وإذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما وجبت حصة البضع لسيدها ورد الرقبة وبطل عنه ما لم يسم ولو باع بضع زوجته منه لم يذكره وجوابه أن ما أصاب قيمتها يسقط في الوجه الأول على ما مر وفي الوجه الثاني وما أصاب مهر مثلها كان عوضا لمالها في الوجهين

باب التدبير

إذا قال المولى لمملوكه

قال لأن اشتراط البدل الخلع على الأجنبي صحيح لكنه لم يذكر شرط البدل العتق على الأجنبي غير صحيح قوله ولو قال اعتق امتك عني على ألف درهم على أن تزوجنيها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها فتفعل أي اعتق قومت الألف على قيمتها ومهر مثلها على ما بينا فما أصاب قيمتها أداه للمأمور وما أصاب المهر سقط عنه يعني إن لم تكن زوجت نفسها منه وإن زوجت نفسها منه وجب لها عليه وإنما وجب للمأمور حصة قيمتها بناء لأن ما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الأصول والفروع لكنه ضم إلى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض ألف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بألف حيث يصح البيع وينقسم ثمنها فما أصاب قيمة المدبر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا تم خروجه باستحقاق نفسه ومنافع البضع وإن لم تكن مالا لكن اعتدت حكم المال لأنها متقومة حال الدخول وإيراد العقد عليها فإن قيل إذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال إلى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي أن يفسد لأنه أدخل صفقة في صفقة وإذا فسد وجب ألا عند عدم وقوع العتق لأنه من جهته والأمر لم يقبضها والبيع في البيع الفاسد لا يكون إلا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك وإما وجوب كل القيمة للمأمور إن اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وإن ضعف فيكتفي به لأن القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها إجيب بأنه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجا في البيع ضمنا له فلا يراعى من حيث هو مستقلا وللفساد به ولا يخفى أنه يمكن إعادته في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات وقول المصنف لم يذكره يعني صحيحا في الجامع الصغير وقوله في الوجه الأول يعني الذي لم يذكر فيه لفظ عني والوجه الثاني هو ما ذكر فيه وقوله في الوجهين يعني ما ذكر فيه عني وما لم يذكر إذا زوجت نفسها وقد بيناه

باب التدبير لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحياة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت وجه الترتيب ظاهر وهذا أحسن مما قيل فيه إنه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لأن مسائل باب الحلف كلها بالعتق كذلك فإنها تقييد للمعتق بشرط غير الموت كما أن التدبير تقييد بشرط الموت ولم يؤخرها إلى هنا ثم التدبير لغة النظر في عواقب الأمور وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا أو معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فإنه ملك يدا ولا معنى في التحقيق لقولهم مالك يدا بل الواجب أن يقال ملكه متزلزل إذ لا شك في أنه مالك شرعا لكنه بعرض أن يزول بتعجيز نفسه وغاية الأمر أن بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك كملك الأمة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون وفي المبسوط فأما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كعتاقهما ولو قال العبد أو المكاتب إذا أعتقت فكل مملوك لي حر فعتق فملك مملوكا عتق لأنه مخاطب له قول معتبر وقد أضاف العتق إلى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك لي حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند أبي حنيفة وقالا يعتق وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل فمحمد تدبير المالك أما الوكيل فلا في المبسوط لو قال لصبي أو مجنون وبر عبدي إن شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره في العتق والطلاق وإذا انجر الكلام إلى الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدي فدبره أحدهما جاز ولو جعل أمره في التدبير إليهما بأن قال جعلت أمره إليكما في تدبيره فدبره أحدهما لا يجوز لأنه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به أحدهما بخلاف الأول لأنه جعلها معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء إلا يرى أن له أن ينهاهما قبل أن يدبرا هما في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الأمر إليهما كذا في المبسوط

قوله إذا قال الرجل لمملوكه إذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبرا لأن هذه الألفاظ صريح في التدبير

انه اذا مت فانت حر فلكن ان يرجع اذا انت مدبر وقد مر بك الفاظ صريح في التدبير فانه اشبان لعتق حين

فانه اى التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تفيد ذلك بالوضع فاذا ان كلما افاد اثباته عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلثة اقسام الاول مايكون بلفظ اضافة كبعض ماذكرنا ومنه حررتك او اعتقتك وانت حر او محرر او عتيق او معتق بعد موتي والثاني مايكون بلفظ التعليق كان مت او اذا او متى مت او حدث لي حدث حادث فانت حر وتعريف الحدث والحادث في الموت وكذا انت حر مع موتي او في موتي فانه تعليق العتق بالموت بناء على ان مع وفي تستعار في معنى حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال انت مدبر بعد موتي يصير مدبرا في الحال لان المدبر اسم لمعتق عن دبر موته فكان هذا وانت حر بعد موتي سواء وكذا اعتقتك او حررتك بعد موتي والثالث مايكون بلفظ الوصية كاوصيت لك برقبتك او بنفسك او بعتقك وكذا اذا قال اوصيت لك بثلث مالي فتدخل رقبته لانها من ماله فيعتق ثلث رقبته وفي الكافي انت حر او مدبر او عتيق يوم اموت يصير مدبرا والمراد باليوم الوقت لان قرنه بما لا يمتد وليس في النهار فقط لايكون مدبرا مطلقا بجواز ان لايموت ليلا يعني فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر وانما كانت صريحا لانها استعملت في الشرع كذلك قال عم في ام الولد فهي معتقة عن دبر منه ذكره في المبسوط ثم تورثت بلا شبهة في هذا المعنى ولو قال انت حر بعد موتي وموت فلان فليس بمدبر مطلق لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم ان يبيعوه وان مات فلان اولا يصير مدبرا مطلقا فليس لهم ان يبيعه خلافا لزفر لانه كلما قال اذا كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلمه او قال انت حر بعد كلامك فلانا او بعد موتي فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتي ان شئت ينوي فيه فان نوى المشية الساعة فشاء بعد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشية بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر بوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول الصحيح انه لا يعتق هنا الا بالاعتاق من الورثة او الوصي بمثل ما تقدم في باب التقدم من انه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعد الا باعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال اعتقوه بعد موتي ان شاء وهو نظير ما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة في نوادره وكذا اليوم وفي الاسبيجابي اذا لم يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي فللوارث ان يعتق تنجيزا او تعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا ولو اعتقه عن كفارته عتق الميت دون الكفارة والذي ينبغي ان يفصل في التعليق فان علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله او لم يمض زمان طويل او على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه او يتعسر لا يلزم البيع توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضي ليغير عتقه ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشية من العبد في مجلس موته او علمه بموته كما في التقييد بمشية في حياته بمجلس التخيير اذا كان بهذا اللفظ وعن ابي يوسف لا يتوقف به لانه في معنى الوصية لا يشترط في الوصية القبول في المجلس وفي الاصل لو قال بعد موتي بيوم لم يكن مدبرا وله ان يبيعه لانه ما علقه بمطلق الموت بل بمضي يوم بعده فان مات لم يعتق في الوقت الذي سمى حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكره ابو بكر الرازي ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا اخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم او شهر وتقرر ملك الوارث في ذلك الزمان عرفنا ان مراده الامر باعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه واما في مسئلة المشية يتصل بمشية العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تدعو حاجة الى اعتاق الوارث وهذا ان تم استدل على ما تقدم في مسئلة انت حر بعد موتي بالف فان زمن القبول كزمن المشية فانه يجب ان يوصل بموت المولى او بعلمه بموته لا يقال ينبغي ان يجعل العبد في هذه المسئلة وتلك باقيا على حكم ملك الميت بحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه من ان القبول غير معلوم يدفع بانه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم بعيد الدخول واستصحاب الملك الاول اسهل من رفعه ثم او خاله

ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رح يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره فجعله سببا في حال اولى لوجوده في الحال فعند الموت وكان ما بعد الموت حال انحلال اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى تلك الحالة

في ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب ان يبقى لحاجته ثم لا شك ان هذه المسئلة اقرب لان العتق ههنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لانا نقول لو صح ذلك لزم في انت حر بعد موتي بيوم عدم توقفه بل اولى لان مجيء اليوم بعد معلوم غير مشكوك وهي من مواضع النص على انه لا يعتق الا باعتاقهم قوله ثم لا يجوز بيعه المدبر المطلق وهو الذي علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية بلا بدل او بكتابة او عتق على مال وما سواه من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز فيجوز استخدامه واجارته واخذ اجرته وتزويج المدبرة ووطيها واخذ مهرها وارش جنايتها وعلله المصنف يأتي بقوله لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات وانما لم يكن له ان يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كام الولد وليس على المولى في جنايات المدبر الا قيمة واحدة لانه لما منع الارقية واحدة واما ما استهلك فدين في رقبته يسعى فيه وعرف من هذا ان ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للارش وفي الجناية على المدبر ما في الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك املكه فهو حر بعد موتي وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بمطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت اجيب بان الوصية بالنسبة الى المعدوم يعتبر يوم الموت وبالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو اوصى لولد فلان وله ثلاثة اولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانها تناولتهم بعينهم فبطل بموت احدهم حصته ولو لم يكن له ولد فولد له ثلثة اولاد ثم مات احدهم ثم مات الموصي كان الكل للاثنين لان الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب فتناولت من يكون موجودا عند الموت قوله وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته المنقول والمعنى انا المنقول فانا في الصحيحين من حديث جابر رض ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم ارسل بثمنه اليه وفي لفظ اعتق رجل من الانصار غلاما عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فاعطاه فقال اقض دينك وانفق على عيالك والحديث جابر رض بهذا الفاظ كثيرة وروى ابو حنيفة بسنده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفي الموطا مالك بسنده الى عائشة رض انها مرضت فتطاول مرضها فذهبت بنو اخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال انكم تخوفون عن امراة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سالتها ماذا اراد قالت اردت ان تموتي حتى اعتق قالت فان الله على ان بناحين من اشد العرب ملكه فباعتها وامرت بثمنها فجعل في مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك ان الحر كان يباع في ابتداء الاسلام على ما روي انه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق في دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ وانما يفيده استصحاب ما كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير ازالة الرق عنه ثم زاينا انه صح عن ابن عمر رض لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطني رفعه وصحح وقفه واخرج الدارقطني ايضا عن علي بن ظبيان بسنده عن ابن عمر رض قال المدبر

السيد

ان اخيها

المجبوبة

خلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية تأخر قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يفيد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية تصلح في حال كالمرابنة وابطال السبب لا يجوز في البيع وما يضاهيه ذلك **قال** وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطيها لان بين وجهها ان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولانه هذه النصرفات

من الثلث وضعف ابن حبيان والحاصل ان وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي لا يعارضه النص البتة لانه واقعة حال لا عموم له فلا يعارضه لو قال عم بيع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده ظاهر وعلى عدم تقليده ويجب ان يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا ان بيعه مستصحب برق فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما في ام الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فيبطل ما قيل بدليل اعم فلا يصلح المعارضة حديث جابر وايضا ثبت عن ابي جعفر انه ذكر عنده ان عطاء وطاوسا يقولان عن جابر في الذي اعتقه مولاه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عتقه عن دبر فامره ان يبيعه فيقضي دينه الحديث فقال ابو جعفر سمعت الحديث من جابر انما اذن ببيع خدمته راه الدارقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن ابي جعفر قال ابو جعفر الهندواني كان من الثقات الاثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك ابن ابي سليمان العرزمي وهو ثقة عن ابي جعفر انتهى ولو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عدمه فان كان شيعيا فقد صرح ابو جعفر وهو محمد الباقر الامام بن علي زين العابدين بانه شهد حديث جابر وانه انما اذن في بيع منافعه ولا يمكن لثقة امام ذلك الا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث وقال ابن القطان قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد او ان المراد انه باع خدمته العبد من باب دفع الصائل لانه لما اعتقد ان التدبير عقد لازم سعى في تاويل يختلف اعتقاده من السنة على خلاف تاويله والنص مطلق فيجب العمل به الا لمعارضة نص اخر يمنع من العمل باطلاقه وانت اذا علمت ان الحركان يباع للدين ثم نسخ وان قوله في الحديث باع مدبرا ليس الا حكاية الراوي فعلا جزئيا لا عموم له وان قوله اعتق عن دبر اعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذي دبر مقيدا انه اعتق عن دبر منه وان ما عن ابن عمر وقوف صحيح وحديث ابي جعفر مرسل تابعي ثقة وقد اقمنا الدلالة على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد انه قول جمهور السلف علمت قطعا ان المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر ان لم يصح رفعه يعضده ولا يعارضه المروي عن عائشة بجواز كون تدبيرها كان مقيدا لانه ايضا واقعة حال لا عموم له فلم يتناول حديث جابر وعائشة رضي محل النزاع البتة فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا غلطه لك لجابر او غلطه واما المعنى الذي ابطل به الشافعي منع بيعه فما ذكر في الكتاب من قوله لانه تعليق العتق بالشرط وبه لا يمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط وغير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن الوصية وبيع الموصي به جائز فظهر انه على اعتبار شبهي المعلق والوصية لا تمنع بيعه وقد قدم المصنف قريبا قوله وعلى هذا اي اعمال الشبهين يدور الفقه وجوابه ما ذكرا المصنف بقوله ولانه سبب الحرية لانها تثبت بعد الموت ولا ثبوت الا لسبب ولا سبب غيره اي غير قوله انت حر المعلق وفي اذا مت او المضاف في بعد موتي فاما ان يجعل سببا في الحال او بعد الموت وجعله سببا في الحال اولى لانه حال وجوده بخلافه بعد الموت فانه معدوم انما له ثبوت حكمي فاضافة السببية اليه حال وجوده اولى فهذا وجه اولوية سببيته في الحال ووجه اخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت الخ يعني لا بد لثبوت

فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم فيه ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه

الملك وزواله من ثبوت الاهلية لهما والموت يبطلهما بخلاف الجنون لان المجنون اهل لثبوت الملك له كما اذا مات مورثه او وهب له وقبل وليه وزواله كما لو اتلف شيئا فانه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ولو ارتد ابواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته فلذا لم تشترط الاهلية بالعقل عند وجود الشرط لنزول الحكم لان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون اهل لذلك بخلاف الموت فانه سالم لاهلية الامرين فامتنع ان يجعل قوله المذكور حال حيوته سببا بعد موته فلزمت سببيته في الحال والا انتفت لكنها لم تنتف شرعا ولان سائر التعليقات فيما مانع من كون المعلق سببا في الحال لانها ايمان واليمين في مثله يعقد للمنع كما قد تعقد للحل فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لانها تعقد للبر وانه يضاد وقوعها وهو عينها هو المقصود في التعليق الذي هو التدبير فلزم من كلامه ان التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين فلا يكون سببية المعلق قبل الشرط لما ذكرنا ولا يمكن في التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته في الحال واذا انعقدت بسببية العتق في الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو لا يحق بحقيقته فلا يقبل النسخ ولا شك انه يرد عليه النقض بما اذا قال اذا جاء غد فانت حر فانه لما علق بامر كائن البتة لزم ان المراد ثبوت المعلق فيه لا منه فلم يكن يمينا فانتفى مانع السببية في الحال فينعقد فيه فيلزم ان لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا الاشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائنا لاحالة بجواز قيام القيامة قبل الغد فانما يستقيم اذا كان التعليق بمجيء الغد بعد وجود اشتراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما اما قبل ذلك فليس بصحيح والجواب بان الكلام في الاغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالايراد على ان كون التعليق بمثل مجيء الغد من اول الشهر نادرا غير صحيح واجيب ايضا بما هو حاصل الوجه الثاني وهو ان التعليق الذي هو التدبير وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة ويرد عليه انه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارته الابعنايته وهو ان المراد بقوله والوصية خلافة في الحال الى الوصية المذكورة وهي الوصية له بمرتبة خلافة كالوراثة حتى منعت من حقوق الرجوع عنها ويفرق بين قوله اذا مت فانت حر وانت حر بعد موتي وبين قوله اعتقتك بعد موتي فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية في الحال بخلاف اعتقتك واورد عليه ان هذا فرق بمجرد جعل الشارع لان حاصله ان الوصية بالعتق اذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعي لزوم الموصي وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غيره كاعتقتك بعد موتي لا يكون كذلك وجائز بيعه وهذا عين ما نزع فيه فان احتكم ليقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الاولى سواء والمخلص الان تبدي خصوصية في تلك العبارة تقتضي ذلك وليس هنا الا كون العبد خوطب به او كون العتق علق صريحا بالموت او اضيف وكون ذلك في الشرع يقتضي ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق ان الاستدلال انما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضته حديث جابر له لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك **قوله وان مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا اول الباب** ولان التدبير وصية وانفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى في ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين في هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى في كل قيمته لان الدين مقدم على الوصية فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته **قوله وولد المدبرة مدبر** فيعتق بموت سيده والمراد بالمدبرة المطلق اما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا لما هو الصحيح من النسخ وفي بعضها ولد المدبر

وان كان قتل المولى فدى بقيمته لتعلق حق المدبر بماله بوصيته ولا يمكن نقض العتق فيجب قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك مضى عمل الصحابة

وليس ببيع لان المولى يتبع امه لا اباه فان زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا او امة فولدها عبد سواء كان ابوه حرا او عبدا مدبرا او لا ثم المراد بالولد الذي كانت حاملا به وقت التدبير لا الولد الذي حملت به بعد التدبير اما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها اما الذي كان حملا فبالاجماع كما لو اعتقها وهي حامل واما الذي حملت به بعده ففي قول اكثر اهل العلم وهو المروي عن عمر بن عبد العزيز والزهري والبصري وشريح ومسروق والثوري ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك واحمد والشافعي في قوله الاول والمعول على ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم يعني بالاجماع السكوتي فانه روي عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود ولم يرد عن غيرهم خلاف ولا يخفى ان سريان التدبير الى الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل فيه افكال مما ذكر من طرق الشافعي ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى لانها تدعي حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول لها مع يمينها فلو لدها كذلك والبينة بينتها لاثباتها زيادة حق العتق واعلم انه اذا حلف المولى يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره قاضيخان في باب الشهادة في التدبير واعلم انه اذا دبر الحمل وحده فانه جائز كعتقه وحده فان ولدته لاقل من ستة اشهر كان مدبرا والا فلا ولو كانت بين اثنين فدبر احدهما حملها وولدته لاقل من ستة اشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد ان يقدر على السعاية ولو دبر احدهما ما في بطنها بان قال ما في بطنك حر بعد موتي وقال الآخر انت حرة بعد موتي فولدت لاقل من ستة اشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر عنهما لانه كان موجودا حين دبر الاول وتدبر نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبيره امه وان ولدته لاكثر من ستة اشهر من الاول ولاقل منها تدبير الام فالولد كله مدبر للذي دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للام باعتبار انه كالجزء وفي هذا لا يفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذي دبر الام واما الام فنصفها مدبر للذي دبرها والآخر الخيار بين ان يضمنه نصف قيمتها ان كان موسرا ويستسعيها في نصف قيمتها ان كان معسرا لان الولد لما صار مدبرا للذي دبر الام لزمه من حين دبرها ملوق الولد بعده في الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك الا بري انها لو زادت قيمتها في مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة لانها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت لها حق ان يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون احق بولدها واذا دبر ما في بطن امته لم يكن له ان يبيعها ولا يهبها ولا يرهنها وذكر في كتاب البتة من الاصل اذا اعتق ما في بطن امته ثم وهبها جازت البتة بخلاف ما لو باعها وقيل في المسئلة روايتان والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما في البطن لو وهب الام لا يخرج عتقه ولو اعتقه جاز هبتها لانه بالتدبير لا يزول ملكه عما في البطن فلو وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة واما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها ولو دبر ما في بطنها فولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر يوم والآخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهما توامان وتيقنا بوجود احدهما حال التدبير في البطن ولو دبر ما في بطنها ثم كاتبها جاز وان وصفت بعد هذا الاقل من ستة اشهر كان التدبير في الولد صحيحا لكنه يدخل في الكتابة ايضا تبعا للام فاذا ادت عتقا جميعا وان مات المولى قبل ان تؤدي عتق الولد بالتدبير وان مات الام قبل المولى فعلى الولد ان يسعى فيما على الام

وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرضي هذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر ومعناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

لانه دخل في الكتابة بان مات المولى فالولد بالخيار في اختياره الحرية بالتدبير او بادار الكتابة فيختار الانفع له فان كان يخرج من الثلث عتق ولا شيء عليه لان مقصوده حصل فرع ولو قال لامته ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة او ولد حرة ولا يريد به عتقا لم يعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق كانه قال انت مثل الحرة او المدبرة قوله وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرضي هذا كذا او قتلت او غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لان السببية لم تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة بل بقع اولا بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة ثم ان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فاذ ذاك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيعه بل لا يمكن فاما ما قبل اخر جزء من اجزاء حيوته فلم يكن مدبرا فجاز بيعه وان برء من ذلك المرض او رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لان الشرط الذي علق به قد انعدم واستشكل بما اذا قال انت حر قبل موتي بشهر ومضى شهر فانه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع انه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه اجيب بانه انما كان كذلك لانه يعتق بالشهر قبل موته كما سمي فيجب اعتباره بالعتق المضاف الى غد فانه لا يثبت حقا للعبد للحال وكذا هنا ولو قال اذا مت اذ قتلت فانت حر على قول زفر هو مدبر لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على اي وجه كان وعلى قول ابي يوسف ليس مدبرا لانه علقه باحد الشيئين من الموت والقتل والكائن ميتا فالموت ليس بقتل وتعليقه باحد الامرين يمنع كونه عزيمة في احدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه وقول زفر احسن لان التعليق في المعنى بمطلق موته لانه لا تردد في كون الكائن احد الامرين من الموت قتلا او غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيف ما كان وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا قال اذا مت وغسلت فانت حر لا يكون مدبرا لانه علقه بالموت وشيء آخر بعده لم اذا مات في القياس لا يعتق وان غسل ما لم يعتقوه لانه بنفس الموت انتقل الى ملكهم فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فانت حر وفي الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب الموت قبل ان يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف قوله الدار لانه لا يغسل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه كذا في المبسوط قوله ومن المقيد اي من التدبير المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين فانت حر فان مات قبل السنة او العشر عتق مدبرا وان مات المولى بعد السنة او العشر لا يعتق ويقتضي الوجه كونه لو مات في راس السنة يعتق لان الغاية لو لاها تتناول الكلام ما بعدها لانه منجز بتنجيز عتقه فيصير حرا بعد السنة والعشر فيكون للاسقاط ومنه انت حر قبل موتي بشهر او بيوم فانه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فانه تعليق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول ابي حنيفة يستند العتق الى اول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته قوله بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال قاضي خان على قول اصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش اليه غالبا تابيد معنى وهو كالخلاف في النكاح الموقت اذا سمى مدة لا يعيشان اليها غالبا صح النكاح عند الحسن لانه تابيد معنى والمذهب انه توقيت فلا يصح والمصر كالمناقض فانه في النكاح اعتبره توقيتا وابطل به النكاح وهنا جعله تابيدا موجبا للتدبير فرع كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق

فانه

اليه

باب الاستيلاد

بالتدبير وسقطت عنه الكتابة للاستغناء عن اداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانما يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يسقط ثلث بدل الكتابة ايضا اعتبارا للجزء بالكل وقياسا على مالو كاتبه اولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة فما عتق ثلثه بالتدبير فكذا اذا سبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لم يرد عليه عقد الكتابة لانه لو ادى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم يرد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق المدبر ثلثي كاستحقاق الولد جميعا بالاستيلاد ولو كاتب ام ولده صح ووجب المال فعرفنا ان هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه ولهما طريقان احدهما ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا في المكاتب والبدل بمقابلته وعرف ان التدبير يوجب استحقاق شيء له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك فهو كما لو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثنتا بألف كانت الألف كلها بازاء الطلقة الثالثة الا يرى انه لو خرج كلها من الثلث بطلت الكتابة فما قبل الموت الكتابة صحيحة لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر بجواز ان لا يموت المولى قبله واذا ثبت ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شيء عنه بخلاف مالو كاتبه اولا لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا شيء من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر ان التدبير وصية برقبته له وهي عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كما لو اوصى لعبد انسان ثم باعه او قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من مال الموصي وفي اسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع بخلاف مالو كاتبه اولا لان حقه عند التدبير احد الشيئين اما بدل الكتابة ان ادى او مال رقبته ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول ابي حنيفة فيما اذا دبره ثم كاتبه انه تخير لبعد موت المولى ان شاء سعى في جميع بدل الكتابة بحجة عقد الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لان عنده العتق يتجزى وقد تلقاه جهة حرية فيختار ايهما شاء وعن ابي يوسف يسعى في الاقل منهما بغير خيار لان العتق لا يتجزى عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا اقل المالين وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لانه ثلثهما سقط عنه ولا يتخير لانه عتق كله كما ذكر ابو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند ابي حنيفة يتخير بين ان يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي بدل الكتابة وعندهما يسعى في اقلهما عينا ولو كاتب مدبرته فولدت ثم مات يسعى الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها فيتبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فادى احدهما المال كله لم يرجع على اخيه بشيء لانه ما ادى عنه شيئا انما ادى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت احق به فكان اداء من ادى احدهما اداء كلاهما اداء من مال الام ومثله لو كاتب مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك احدهما ولدا ولا ولد له في كتابته من امته فعليه ان يسعى في جميع الكتابة لانه قائم مقام ابيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة

باب الاستيلاد لما اشترك كل من المدبر وام الولد في استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير انسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه فالاستيلاد مصدر استولد اي طلب الولد وهو عام اريد به خصوص وهو طلب ولد امته الى استحقاقه

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ... ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها

اي باب بيان احكام هذا الاستحقاق الثابتة في الام واصله استولاد ومنه كعب قلب اوه يا كعباه وميزان ومينات فصار استيلادا دام الولد تصدق فتة على الزوجة وغيرها ممن لم يعد اثبات النسب وميزات النسب في عرف الفقهاء جعض من ذلك وهي الامة التي ثبت ولد ها من مالك كلها او بعضها

قوله واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له يعني اذا ثبت نسبه منه وليس ولادته منه مستلزما بثبوته فمعنى العبارة تصور وذلك لانه يجب انما اذا ولدت منه صارت ام ولد له بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاح الفقهي ولذا ترتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها انتهى بل اذا مات ولده وخبر عنها تعتق بموته من جميع المال ولا يسعى لغريم ولو كان السيد مديونا مستغرقا وهذا كله مذهب جمهور الصحابة رضي والتابعين والفقهاء الاربعة رحمهم الله بكثير من الطاهرية فقالوا لا يجوز بيعها واحتجوا بحديث جابر قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا رواه ابو داود وقال الحاكم على شرط مسلم واخرج النسائي عن زيد العمي الى ابي سعيد الخدري كنا نبيعهن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم واعله العقيلي بزيد العمي وقال النسائي زيد العمي ليس بالقوي ونقل هذا المذهب عن العبادلة وعلي وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضي الله عنهم لكن عن ابن عمر بسند صحيح وابن عباس تعتق من نصيب ولده باذكره ابن قدامة فهذا يصرح برجوعها على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما واستدل البعض للجمهور برواية ابي داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صباح عن امه عن سلامة بنت منقل امرأة من بني فزارة قيس بن غيلان فذكر البيهقي انه احسن شيء روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قالت قدم نبي علي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت لعبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امرته الآن والله تباعين في دينه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امرأة من خارجة قيس بن غيلان قسم لبني علي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت لعبد الرحمن فمات فقالت الي امرته الآن تباعين في دينه فقال عليه الصلوة والسلام من ولي الحباب قيل اخوه ابو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال اعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم علي فاتوني عوضكم قالت فاعتقوني وقدم علي رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فجعل يعوضهم مني غلاما ولا يخفى ان هذا لا يدل على انها تعتق بمجرد موته بل على انه سالهم ان يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قبله عليه الصلوة والسلام بل يفيد انها لا تعتق والا بين الحكم الشرعي في ذلك من انها عتقت ولم يامرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلوة والسلام بل نعم يحتمل ان يراد باعتقوها خلوا سبيلها كما فسر البيهقي وان العوض من باب الفضل منه عليه افضل الصلوة والسلام لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار الى هذا الا بدليل من خارج يوجبه وليس فمن ذلك ما ذكر الموصوف هنا انه قال يعني في مارية القبطية اعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجة عن ابن عباس قال ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها وطريقه معلول بابي بكر بن عبد الله بن ابي سبرة وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس بسندين بن ماجة راو ابن عدي في الكامل الا ان اعله ابن ابي سبرة فقط فانه يرمى بان حسينا انما حكى كتب صدقة واخرج ابن ماجة ايضا عن شريك عن حسين بن عبيد الله عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته رواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد وهذا تصحيح لحسين وصححه ابو يعلى الموصلي في مسنده ثنا اسمعيل بن ابي اسحق ثنا ابي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس عنه عنه عليه السلام قال ايما امة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته وروى احمد عن ابن عباس عنه عنه عليه السلام ايما رجل ولدت منه امته فهي معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول واذا قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه

لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر اعتاقها فـ ثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع

مع ان ابن القطان قال فى كتابه وقد روى باسناد جيد قال قاسم بن اصبغ فى كتابه ثنا محمد بن فضيل ثنا مصعب بن سعد ابو خيثمة المصيصى ثنا عبد الله بن عمرو هو البرقى عن عبد الكريم خزرمى عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية القبطية ابراهيم قال عرم اعتقها ولدها من طريق ابن اصبغ رواه ابن عبد البر فى التمهيد ومما يدل على صحة حديث اعتقها ولدها ما قال الخطابى ثبت انه عم قال انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة فلو كانت مارية مالا بيعت وصار ثمنها صدقة وعنه عرم انه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفى بيعهن تفريق واذا ثبت قوله اعتقها ولدها الخ وهو متاخر الى الموت اجماعا وجب تاويله على مجاز الاول فيثبت فى الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها وروى الدار قطنى عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر انه عرم نهى عن بيع امهات الاولاد فقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهى حرة ثم اخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار واعله ابن عدى بعبد الله بن جعفر بن نجيح المدنى واسند تضعيفه عن النسائى وغيره وليته هو قال يكتب حديثه ثم اخرجه عن احمد بن عبد الله العنبرى حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفا عليه واخرجه ايضا عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم النسلى وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن عمر واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذى رفعه فقال عنه يحيى بن اسحق وفليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزوه وكلهم ثقات هذا كلامه عند الدار قطنى وعندى ان الذى اسنده خير ممن وقفه واخرج مالك فى الموطا عن نافع عن ابن عمر ان عمر بن الخطاب قال ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهى حرة وهكذا رواه سفيان الثورى وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا واخرج الدار قطنى من طريق عبد الرحمن الافريقى عن سعيد بن المسيب ان عمر اعتق امهات الاولاد وقال اعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم والافريقى وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع بما قلنا ولا شك فى ثبوت وقفه على عمر وذكر محمد فى الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير التلث وقال لا يبعن فى دين ولعدم مخالفة احد لعمر حين افتى به وامر فانعقد اجماع الصحابة على عدم بيعهن فهذا يوجب احد الامرين اما ان ما كان من بيع امهات الاولاد فى زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه وان كان مثل قول الراوى كنا نفعل فى عهده عرم حكمه الرفع لكن ظاهرا لا قطعا فاذا قام دليل فى خصوص منه على عدمه وجب اعتباره واما انه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لابى بكر فى قصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة واهل الردة وما نفى الزكوة ثم ظهر بعده كما هو عن ابن عمر كنا نخابر اربعين ولا ترى بذلك باسا حتى اخبرنا رافع بن خديج انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها وايا ما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن هذا اذا قصرنا النظر على الموقوف فاما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك مما يدل على ثبوت ذلك الا بباء ما اسنده عبد الرزاق انبانا معمر عن ايوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلمانى قال سمعت عليا يقول اجتمع رايى ورأى عمر فى امهات الاولاد ان لا يبعن ثم رايت بعد ان يبعن فقلت له فرايك ورأى عمر فى الجماعة احب الى من رايك وحدك فى الفرقة فضحك على وعرف ان رجوع على رضه يقتضى انه يرى اشتراط انقراض العصر فى تقرر الاجماع والمرجح خلافه وسئل داود عن بيع ام الولد فقال

تقرير

وكان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما موجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق بموتها وثبوت حق موجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها الا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بموته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله

يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل ان تصير ام ولد فوجب ان يبقى كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره وكان ابو سعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها بما حبلت بولد سيدها والاصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له ان يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى ان يثبت المزيل قوله ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين الذين خلق منهما قد اختلطا وهو جزء هما بحيث لا يتميز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية اوجبت نسبتها اليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قبل ام ولده فقد بقي اثرها شرعا واليه اشار عمر رضي فيما رواه محمد بن قارب قال اشترى ابنى امة من رجل قد استقطت منه فامر عمر برده وقال لعلها اختلطت بحوكم بلوهن ودماوكم بدمائهن الا ان السبب يضعف بالانفصال فاوجب حكما موجلا الى الموت ولما ورد على هذا التقرير ان مقتضاه ان المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعدما ولدت له ابنه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب قسط منها اجاب المصنف بقوله ان بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سوى النسب للرجال الى الآباء والى الامهات فكذا الحرية التي تبتنى على النسب بالماء المملوكة تثبت فيما في حق الرجال لان النسب اليهم فيفرع عليه ان الحر لو تزوج امة فولدت له ثم اشتراها وصارت ام ولد له تعتق بموته دون العكس اذ ليس النسب اليهن فيفرع عليه ما لو ملكت الحرة زوجها العبد بعدما ولدت له لا يعتق بموته اذ ما تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الامومة بدونه فلو ولدت امة لرجل بزنى ثم ملكها لا تكون ام ولد له فلا تعتق بموته واورد عليه ما ذكره في دعوى الاصل امة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هذا ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وامه بمنزلة ام الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الامومة بلا ثبوت نسب اجيب بانه قد ثبت النسب في الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم يثبت دون نسب والحق ان ثبوت الامومة في نفس الامر لا يكون الا تابعا لثبوت النسب واما ثبوته ظاهرا في القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والاقرار وان لم يثبت لما سيجيء فيما اذا ادعى ولد ام ولده الزوجية قوله وثبوت عتق الخ يعني قد ثبت بما ذكرنا انه يثبت لها عتق موجل ويلزم من ثبوت عتقها موجلا ان يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا الى الحرية ولقائل ان يقول ثبوت العتق الى اجل معلوم ثابت في قوله اذا جاء راس الشهر فانت حر مع ذلك لم يمتنع البيع قبله ان بيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى اجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الاجل فالحق ان استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صرح النص بالتحتم للبعض ولا يوهبن يعني الجزئية التي اشار اليها عمر رضي قوله وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لابعضه الآخر مملوكا لغيره بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى احدهما ولدا ثبت نسبه وتصير ام ولد له فهذان حكمان وقع التشبيه في احدهما وهو امومة الولد لا ولم يسق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله لان الاستيلاد لا يتجزى اي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي الفتنة فتصير كلها ام ولد له يتضمن قيمة نصيب شريكه بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزى ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدمه في باب العبد يعتق بعضه انه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه

قال ولد وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها تام فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رح ... يثبت نسبه منه وان لم يدع

فلا تناقض فصار الحاصل ان الاستيلاد لا يتجزى اى لا يكون مع بعض المستولدة مملوكا للغير المستولد الا ضرورة لانه مبنى على ثبوت النسب وهو لا يتجزى واما احتمال ان يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المصنف انه يتجزى في باب العبد يعتق بعضه لم يجعل اثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة واما تعليل بثوت النسب فانما هو بوجود الدعوة في المملوكة والاتفاق على ان ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاد **قوله** وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك قائم فيها وهو مطلق لهذه الامور فاشبهت المدبرة ومنع مالك اجارتها كبيعها وهو بعيد وامتناع ابيع لتقل ملك الرقبة لا غير وهو منتف في الاجارة ويملك كسبها واعتاقها وكتابتها واورد ينبغي ان لا يملك تزويجها لان توهم شغل رحمها بماء المولى قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما في المعتدة غير ان المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغي ان لا يصح قبله واجيب بان جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطي وقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها قد تحقق خروجها عن حبالة نكاح الغير فلا تعود الا بسبب وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تزوج قبله ولقائل ان يقول اذا لم يكن احتمال الشغل مانع فالشك في ثبوته بعد الوطي لم تخرج بالشك لوقوع الشك فيه كالعدة ووجب ان يزوجها الا بعد استبرائها والمذهب جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده افضل واعلم ان المسئلة ذكرها المصنف في فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لاشتغال المولى بها حتى يثبت نسب ولدها منه بلا دعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متاكد حتى ينتفي ولدها بالنفي من غير لعان فلا يعتبر بما لم يتصل به الحمل فافاد ان المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل وبهذا حقق لما عرف عن مسئلة ما اذا راى امراة تزني فتزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطي مع ان احتمال الشغل ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطي لانتفاء الجمع بين الفراشين ولذا اجاز عند ابي حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش غير انه لا يحل وطيها اذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المباجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها وح فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل مانعا فلذا جاز النكاح وطيها وان كان لا يستحب او يجب الاستبراء انما المانع الجمع بين الفراشين القويين وفراش ام الولد ليس قويا على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعا ما لم يتصل به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة الا ترى انها منتفية لثبوت نسب ما تاتي به في تزوجها جمع بين الفراشين **فرع** اذا باع خدمة ام ولده منها عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه وعن ابن سماعة عن ابي يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق **قوله** ولا يثبت نسب ولدها اى ولد الامة لام الولد رجع الى المذكور اول الباب في قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلا يثبت نسبه الا ان يعترف به وان اعترف بوطيها وهو قول الثوري والبصري والشعبي ومروي عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل وقال الشافعي ومالك واحمد يثبت اذا اقر بوطيها وان عزل عنها الا ان يدعي انه استبرأها بعد الوطي بحيضة وهو ضعيف فانهم زعموا انها بالوطي صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبرأها

لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضاءا ولي قلنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنده فلا يه من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة

مع ان الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء وهم يفصلون عن هذا بان الغالب ان لا تحيض والامر بالاستبراء اعتبارا للغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ولو وطيها في دبرها يلزمه الولد عند مالك مثله عن احمد وهو وجه مضعف للشافعية

قوله لانه لما ثبت هذا وجه قول الجمهور في ان النسب يثبت بما تاتي به الامة بمجرد وطيها وهو انه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تاتي به المنكوحة بعد العقد وان لم يعلم الوطي لوجوده بعد المضي الى الولد فثبوته بعد وطي البالغ وانه اكثر افضاءا الى وجود الولد اولى وانما قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبي لا يثبت به نسب وان كان يعتد وضع للولد ولنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع من قصده وهو سقوط تقومها عند ابي حنيفة ولنقصانه عندهما وكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه يندفع ما قيل فلا يلزم بمجرد الوطي وما قيل الوطي قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عدم قصده قلنا ولا يتعين وجوده كما تقدم فيبقى على الاصل من العدم واعلم ان اصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رض قال اختصم فيها سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال سعد يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن اخي عتبة بن ابي وقاص عهد الي انه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا اخي يا رسول الله ولد على فراش ابي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فراى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم ترد سودة قط رواه الجماعة الا الترمذي واجيب بانه عليه السلام انما قضى به لعبد بن زمعة على انه عبد له ورثه لا على انه اخوه ولذا قال هو لك ولم يقل هو اخوك يا عبد وقال احتجبي منه يا سودة ولو كان اخا لها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا دفع بانتفاء لازم الاخوة شرعا والاول بالفظ نفسه ويدفع الاول بان في رواية اخرى هو اخوك يا عبد واما الامر بالاحتجاب فلما راى من الشبه البين بعتبة فيدفع الاول بان هذه الرواية ترجح لمعارضتها لرواية هو اخوك ويرجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة والشبه لا يوجب احتجاب اخته شرعا منه والا لوجب الآن وجوبا مستمرا ان كل من اشبه غير ابيه الثابت نسبه منه يجب حكما للشبه احتجاب اخته وعمته وجدته لابيه منه وهو منتف شرعا واذ قوله الولد للفراش ينفي به نسبه عن سعد بانه ابن اخيه وعن عبد بانه اخوه يعني الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة وزمعة فوجب عبدلك يا عبد ميراث لك من ابيك واعلم انه روى عن الامام احمد انما الميراث فلك اذا انت فاحتجبي منه فانه ليس لك باخ فتفسيره بانه ليس اخا يفيد انه ليس اخا لعبد بن زمعة وبه تقوى معارضة رواية هو اخوك وقوله انما الميراث فلك يفيد انه اخوها فاما ان يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه او يجمع بان المثبت الاخوة الشرعية والمنفي الاخوة الحقيقة وهو ان يخلقا من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعي في هذا الاحتجاب ان يترتب على الاخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الا ان هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب بالم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية ثم يجعل هذا اذ ليس حكما مستمرا على ما ذكرنا فاحبها ازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منتج وقد قال قم فلعلي لست كاحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليدة على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله الولد للفراش بمعنى ام الولد ح فقوله هو لك اي مقتضى ذلك ويكون الراوي اخوك كما هو الرواية الاخرى واما ما نقل عن عمر بن الخطاب انه قال ما بال رجال يطئون ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تاتيني وليدة يعترف سيدها انه قد ألم بها الا الحقت به ولدها فامسكوا بعد ذلك او اتركوا رواه الشافعي رح فمعارض بما روي عن عمر رض انه كان يعزل عن جاريته

فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار لانه بالاعتراف منه بالولد الاول اقر بان دعوى الولد الاول بعين الولد المقصود منها فصارت
فراشا كالمعقودة بعد النكاح الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة
حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكما فاما الديانة
فان كان وطيها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم
يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر الخ هكذا روى عن ابي حنيفة

فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلتفت اليه واسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس
انه كان ياتي جارية فحملت فقال ليس مني فاتي اتيتها اتيانا لا اريد به الولد وعن زيد ابن ثابت انه كان يطئ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت
بولد فاعتق الولد وجلدها وعنه انه قال لها ممن حملت فقالت منك فقال كذبت ما وصل اليك مما يكون منه الحمل ولم يلتفت مع اعترافه
بوطيها والمروي عن عمر من قوله انه يلحق بالواطئ مطلقا جاز لكونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك انا بينا ان الواطئ اذا
لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكار اولاد الاماء مطلقا فقال لهم اني الحق بكم اياهم مطلقا واما من
علم منه الاعتدال في الامر بان يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفي من يجب عليه نفيه او يجوز فانه لا يتعرض له **قوله** فان جاءت بعد ذلك اي بعد ان
اعترف بولدها الاول ثبت نسبه بغير اقرار لانه بالاعتراف بالولد الاول بتبين كون الولد مقصودا من الوطي فصارت فراشا
وبهذا تبين ان الاولى في تعريف الفراش كون المراة مقصودا من وطيها الولد ظاهرا كما في ام الولد فانه اذا اعترف به ظهر قصده الى
ذلك وضعا شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد الولد ثبت نسب ما ياتي به فانها تكون متعينة بثبوت نسب ما تاتي به وهو الذي عرفوا
به الفراش وظهر ان ليس الفرش ثلثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان قوي هو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش ام الولد
بسبب ان ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة فيبقى نسبه بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة لا ينتفي نسب ولدها الا باللعان وقد صح الهم فيما
تقدم ان الامة ليست بفراش لمولاها وذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المراة متعينة لثبوت نسب ما تاتي به او كونها
يقصد بوطيها الولد الى آخر ما قلناه ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى هذا ينبغي انه لو اعترف فقال كنت
اطأ لقصد الولد عند مجيئها بالولد ان ثبت نسب ما اتت به وان لم يقل هو ولدي لان بثبوته يقوله هو ولد بناء على ان وطيه لقصد الولد
وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس ينبغي انه اذا اقر انه كان لا يعزل عنها وحصنها ان يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كنا فوجب عليه في هذه
الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى ان يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء واظن ان لا بعد في ان يحكم على الشخص بذلك وفي المبسوط انما يملك نفيه اي نفي ولد ام الام اذا لم يقض القاضي به اولم يتطاول الزمان فاما بعد القضاء او تطاول الزمان فلا يملك ابطاله لتطاول
دليل اقراره لانه يوجد منه فيما دليل اقراره من قبيل التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم في التطاول سبق في اللعان هذا اذا
تثبت نسب ما تاتي به في حال حل وطيها له بعد الولد اما لو عرض بعده حرمة موبدة بان وطيها اب سيدها او ابنه او وطي السيد امها او ابنتها
او جرمت عليه برضاع او بكتابة فانه لا يثبت نسبه الا باستلحاقه ولا يخفى انه يجب ان يفصل بين ان تاتي به لاقل من ستة اشهر من حين عرض
الحرمة او لتمامها فعلى الاول يجب ان تثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض الحرمة ولو اعتقها ثبت نسب ولدها الى ستتين
من يوم الاعتاق وكذا اذا مات لانها معتدة ولا يمكن نفيه لان فراشها تاكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق لفراش المنكوحة في العدة
بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض او نفاس او صوم او احرام حيث تثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها بل مع
ذلك العارض الذي عرض لاختيارها المقتضي عادة بلا اختيارها **قوله** وهذا الذي ذكرناه يعني من عدم لزوم الولد وان اعترف بالوطي ما لم يدعه حكم
اي في القضاء يعني لا يقضي عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة فاما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروي عن ابي حنيفة انه ان

وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد ذكرناهما في كفاية المنتهى وان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الجهرية يسري الى الولد كالمدبر بخلاف الاسري ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش ليس وان كان النكاح فاسدا اذا الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره

كان عين عليهالم يعزل عنها وحسنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه عن قبل الله تعالى ان يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب وان كان عزل عنها وحسنها او لا او لم يعزل ولكن لم يحسنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مامون جاز له ان ينفيه لانه هذا الظاهر وهو كونه منه لسبب ان الظاهر عدم زنى المسلمة يقابله اى يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود احد الدليلين على ذلك وهما العزل او عدم التحصين وبهذا ظهر ان لفظة او في قوله وان عزل عنها او لم يحسنها اولى من الواو والتنصيص عليها على المراد وصرح في المبسوط بذلك حيث قال فاما اذا عزل عنها او لم يحسنها فانه ان ينفيه انتهى ولا شك في ان كونه من غيره عند نسبط العزل ظاهر وانما ظهر كونه من غيره اذا افضى اليها ولم يعزل عنها محل نظر بل اور دان المعلل وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير انزال بانه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضي بناء ثبوت النسب بعد الوطي وان لم ينزل والا تناقض ولا يخفى انه لا احد يقول بثبوت نسب ما تاتي به الامة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل انه يثبت عزل عنها او لم يعزل وبهذا فرع الانزال وح فالمذكور في الغسل بيان حكمة النص فانه قد نص على ايجاب الغسل بمجرد الايلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق بل لا يجوز ان يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز ان لا يستلحق نسب من ليس منه وكان الاستلحاق مبنيا على اليقين او الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكا **قوله** وفيه روايتان آخريان عن ابي يوسف ومحمد ذكرهما في المبسوط فقال وعن ابي يوسف اذا وطيها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حسنها او لم يحسنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وهذا كمذهب الشافعي والجمهور لان ما ظهر بسببه يكون محالا عليه حتى يتبين خلافه عن محمد لا ينبغي ان يدعي ولدها اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي ان يعتق الولد وفي الايضاح ذكرها بلفظ الاستحباب فقال قال ابو يوسف احب ان يدعيه وقال محمد احب ان يعتق الولد وعبارة المبسوط يفيد الوجوب **قوله** فان زوجها المولى فجاءت بولد يعني من الزوج فهو في حكم امه حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعى لاحد ولد استخدامه واجارته الا انه اذا كان جارية لا يستمتع بها لانه وطي امها وهذه اجماعية وهي واردة على اطلاقه حيث قال هو في حكم امه وبهذا ان الصفات القارة في الامهات تسري الى الولد لانه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ولهذا كان ولد القنة قنا وولد الحرة حرا وان كان ابوه بخلافه ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه اقوى فان كان النكاح فاسدا فانه يلحق بالصحيح في حق الاحكام وبهذا اذا اتصل به الدخول والنسبة لا تتجزى ثبوتا فلا يثبت من المولى والاوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح والا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر وقول المصنف لان الفراش يقتضي ان الافراش للمولى حال كونها زوجة للغير اصلا وبهذا اذا جاءت بستة اشهر من النكاح فان جاءت به لاقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد فيستحب بل يجب ان لا يزوجها حتى يستبرأها بحيضة احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف انه ابنه من امته تعلق حرا كما تقدم غير انه عارضه في ثبوت النسب منه معارض اقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم تعارضه في ثبوت الحرية ذلك فاخذ بمؤخر ولم يستحسن قول المعتصم ولد له لان الكلام في تزويج ام الولد وانما يحسن لو كان في تزويج الامة التي ليست ام ولد كالصورة المذكورة في المبسوط

ويعتق الولد ويصير اسم ام ولد له لا قراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عنده اي عند ابي حنيفة رح فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم

زوج امته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه ولكن تصير ام ولد له تعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية وقد تكلف له ان قوله ولد له التفت فرق ابتداء وما بعده بناء عليه فكانه قال ولد له التفت فرق ونسبه يثبت من المزوج اذا تزوج مولاها فرج يستقيم لانه خلاف الظاهر لانه انما ذكر لبيان سراية وصف الام الى الولد فيكون ابن ام الولد بمنزلتها قوله ويعتق اولد اي ولد ام الولد المزوجة الذي ادعاه يعتق لانه ملكه وهو يزعم انه ابنه وتصير امه ام ولد له تعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية حيث ادعى ان ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل جد اعترف بانه علق ولدا حرا من الاصل فان قيل فكيف يثبت امومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهي مبنية عليه اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كان لثبوت الاستيلاد وان كان في ضمن ما لم يثبت وهذا ما تقدم وعده مع ان احتمال كونه من السيد قائم لجوازه بوطي قبل النكاح الا انه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت النسب لثبوته من المزوج فبقي معتبرا في الام لحاجتها الى الامومية الموصلة الى العتق قوله واذا مات المولى عتقت يعني ام الولد من جميع المال لحديث سعيد من المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث وفي نسخة مكان لا يبعن لا تبعن وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ لقوله لما روينا اي لانه صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال وان لا يبعن وما قيل وان لا يبعن دليل على عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ مدفوع بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين الزيلعي بعد ذكره وانه غريب قال وفي الباب احاديث وساق كثيرا ممن قدمناهم ليس فيه زيادة على انها لا تملك وتعتق بالموت ولا يخفى ان كلها في غير المقصود فان المقصود انها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك فان عتقها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد من المسيب الا ان جماعة تكلموا في عبد الملك قوله ولان الحاجة الى الولد اصلية كحاجته الى الاكل اي حاجته الى امه مساوية لحاجته الى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه لعسره اذ نه لحاجته اليه وجوز نسيم كما جاز له اكل ماله للحاجة وحاجته الاصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الارث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث اذا لم تخرج منه فصار اعتاقها كالدفن والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج لا من الاصلية اذ ليس ثم نسب ولد يتبعه امومية فلا يقدم عتق المدبر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان مع السيد مستغرقا سعى في كل قيمته على ما سلف قوله ولانها اي ام الولد ليست بمال متقوم عند ابي حنيفة حتى لا تضمن بالغصب عنده يعني اذا ماتت عند الغاصب عتقت فلها بخلاف المدبر اذا مات عند الغاصب فانه يضمن وكذا لا يضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت ام ولد بين اثنين فاعتقها احدهما لا يضمن لشريكه شيئا ولا تسعى هي في شيء ايضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر وانما تضمن بما يضمن به العصبي الحر عند ابي حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها سباع فاتلفتها اجمعوا انها تضمن بالقتل لانه ضمان دم وان لم يكن مالا متقوما لا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لاصحاب الديون ان يطالبوا من عليه القصاص بديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا بمقابلته ما وجب عليه من القصاص بمال وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه اذا قتل جلادا يوتا

وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها وهي رواية المكاتبة لا تعتق حتى تؤدي السعاية تقوم في الحال والسعاية حين يلحقها هذا الضرر فيه إذا عرض على المولى الإسلام فإن أسلم بقي على حاله لما ذكرنا من زوال الضرر عنها بعد ما أسلمت بجبر ذلك بالبيع أو الإعتاق وقد تعذر البيع فتعين الإعتاق وجه الرواية أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لأنه يمنع الملك عنها فتصير مرتهنة حرة يدا أو الضرر عن المذمي لانتفاعها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل المذمي إلى المال ملكه أما لو اعتقت هي مفلسة تتوانى في الكسب وبالمكاتبة أم الولد يعتقها الذي تقوم فتترك وما يعتقه ولأنها لو تكن متقومة في حرمته وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك إذا عفا أحد الأولياء يجب المال للباقين لو مات مولاها عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة لأنها لو رجعت قنة لعينت مكاتبة لقيام الموجب وهو استيلاد أمة غير مملوكها صارت أم ولد له وقال الشافعي رحمه الله لا تصير أم ولد له ولو استولد ها مملوك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور

وعفى المديون قبل موته صح وليس للأرباب الديون أن يمنعوه من العفو وقيل إذا قتل شخص ممن وجب عليه القصاص للضمين القاتل مولى القصاص شيئا لأنه ليس حقا ماليا والأقرب المتبادر الأول قوله وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها يعني إذا أسلمت فعرض الإسلام على مولاها فأبى فإنها تحبر بها القاضي عن إبائه بأن يقدر قيمتها فيجبرها عليها فتصير مكاتبة إلا أنها لا ترد إلى الرق ولو عجزت نفسها لأنها لو ردت إلى الرق رجعت إلى الكتابة وقد أخذت قيمتها بإسلامها وهو الموجب فلا فائدة في إثبات حكم التعجيز وعلى هذا إذا أسلم مدبر النصراني وتسميته مثل هذا دورا على التشبيه وإلا فاللازم ليس إلا ما ذكرنا من عدم الفائدة وهذا بحسب الظاهر أنها لا تقدر لا بذلك وإلا لو وجدت المال في الحال لم يحجر إلى ذلك وقال زفر يعتق للحال أي لحال إبائه مولاها الإسلام فالسعاية دين عليها تطالب بها وهي حرة فإن أسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو أسلم بعد ما وقال مالك الظاهر أنها تعتق مجانا وقال الشافعي وأحمد يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها إلى أن يموت فتعتق بموته أو يسلم فيحل وجه قول زفر أن النظر ودفع الضرر عن الذمي واجب لذمته وعن المسلم لإسلامه وذلك في إعتاقها بالقيمة لا بخلافه مجانا كما قال مالك فإنه إهدار ما يجب له من النظر إذا أمكن وأما قول الشافعي ففيه زيادة إضرار به من إيجاب النفقة بلا انتفاع مع إمكان دفعه عنه قلنا الأمر كما ذكرت غير أن قولنا أدفع للضرر عنه فإنه لا يصل إلى البدل عقيب عتقها لأنها تعتق مفلسة وربما تتوانى في الاكتساب إذا كان مقصود العتق قد حصل لها فيتضرر الذمي بذلك وتتضرر هي بشغل ذمتها بحق قد يموت قبل إبقائها حقه وقد قال عليه السلام في ذمة والرابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم بخلاف ما إذا وقف عتقها على الأداء فإنه حامل على الإيفاء وكان اعتبارنا أولى إذا كان النظر للجانبين وقوله وما لبته أم الولد الخ جواب سؤال يرد على أبي حنيفة في قوله بنفي مالية أم الولد هو أنها كيف تسعى في قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عندك فقال الذي يعتقد تقومها فيترك وما يعتقده أي مع ما تعتقده لأنا أمرنا باعتبارها متقومة في حقه وقد تقدم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه ولو سلم أنها ليست متقومة مطلقا في حقه فيكفي لإيجاب الضمان وإن لم يكن المضمون مالا كما في القصاص المشترك بين مستحقين إذا عفا أحد الأولياء المستحقين له يجب المال للباقين لأنه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا فليس نصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزم بدله بمنزلة إزالة ملكه بل بدل فيتقرر الذي الآن هذا الوجه استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب أم الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام ووجه أيضا بأن بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوم أم الولد وأنت سمعت في العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند أبي حنيفة بدل لما هو مال خارج إليه وإن كونه بدل ما ليس بمال قول محمد وإذا ماتت مولاها النصراني عتقت وسقطت عنها السعاية لأنها أم ولده له قوله ومن استولد أمة غيره بالنكاح يعني تزوج أمة لغيره فولدت له ثم ملكها صارت أم ولد بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول أحمد في رواية وقال الشافعي لا تصير أم ولد له وهو قول مالك وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء شبهة فملكها ثم عندنا تصير أم ولد له من وقت ملكها لا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب لأن أمومية الولد عند الملك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولد لما ثبت له حق الحرية ونحن نقول إنما ثبت فيها وصف الأمومية بعد الملك وإن كان بأمر متقدم فقبله الولد منفصل ولا سراية في المنفصل قبل الأم ومبنى هذا على أن لو ملك ولدا أمة من غيره قبل أن يملكها له بيعه عندنا خلافا له لأنه ليس ابن أم ولد له بخلاف ما لو ملك ولده منها قبل ملكها فإنه يعتق اتفاقا وفي المبسوط لو طلقها فتزوجت بآخر فولدت منه ثم اشتراها الكل صارت أم ولد له وعتق ولده ولدها من غيره يجوز

له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فيثبت بالجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب الكراهية من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حرا لاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد

ببيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث في ملكه من غير وفانه في حكم امه ولو استولدها يملك بيعه ثم استحقت لو بنكاح على انها حرة تظهر امية صيرام ولد عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تصير ام ولد له وفي آخر لا تصير ام ولد له وهو ولد المغرور وهو حر بالقيمة يوم الخصومة قوله اي للشافعي انها علقت برقيق فلا يكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا لم ملكها الزاني وهذا لان امومة الولد باعتبار علوق الولد حرا وانما قلنا ان الامومة باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل وهو حر فلا بد ان تستحق هي الحرية واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بان الرق في ام الولد يستمر الى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل وليس كالمتصل وتمام تقرير المذكور يدفع بلا اعتراض وانما اقتصر المصنف اتكالا على علم بقية التقرير وحاصل الوجه المذكور ان جزءها جزء ومقتضاه حريتها اذ لا يخالف الجزء الكل الا ان الاتصال بعرضية الانفصال والولد وان كان جزء حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه دونها فثبتت بحق الجزئية حالا بشبهي الحرية وعدمها لما بقي منافي الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق ويؤيد هذا القول ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته فتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها وبذه ولدت من زوجها ولنا ان سبب الامومة في محل الاجماع وهو الاصل هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل يعني عند قوله اول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الجزئية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت في الزوج فتثبت الامومة بخلاف الزنا فانه لا نسب يثبت للولد من الزاني فيه فلا تصير الامة التي جارت بولد من الزنا اذا ملكها الزاني ام ولد له استحسانا خلافا لزفر حيث قال تصير ام ولد له وهو القياس فان قيل فكان ينبغي ان لا يعتق الولد اذا ملكه ابوه من الزنا اذ كان لا تثبت نسبه منه اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره اي نظير ام الولد من الزنا حيث لا يعتق عليه لعدم انتسابه الى ابيه من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه لا ينسب اليه بغير واسطة بل بواسطة نسبة الولد وهي غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما اذا كان اخاه لامه فصار الحاصل ان الامومة تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك او ثبوت الانتساب اليه بواسطة ثابتة وقوله ولان ايجاب الحديث ليس فيه قصر الامومة على السيد بل انها تثبت منه غير معترض لنفيها عن غيره فاذا صح تعليقه ثبوت نسبه بما يأتي به منه تثبت من غيره اذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا لا ينافي المفهوم المخالف وهم وان انكروا قد موا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الامومة لزم على المذهبين الا انه يشكل على تعليلنا اذا ادعى نسب ولد امته التي زوجها من غيره فان نسبه انما يثبت من الغير لا من السيد وتصير ام ولده وجوابه ان ثبوت الامومة لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا اذ اعترافا وهما يتنفي منه الامومة ما ذكر فيه الايضاح امة جارت بولد فادعاه اجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى او كذبه فان ملكه المدعي عتق ولا تصير امه ام ولد له قوله واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد للاب سواء كان الابن وطيها اولا لان حرمة الوطي لا تمنع ثبوت النسب لوطي الحائض وعليه قيمتها لانه ملكها قبل الوطي بالقيمة ليقع الوطي في ملكه وليس عليه عقرها بسبق ملكه الوطي ولا قيمة ولدها لانه انعلق

وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال بقاء الاب ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت نسبه من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزأ لما ان سببه لا يتجزأ وهو العلوق اذ الولد الواحد لا يتعلق من ماءين

ش التقدم الملك على الام وقد ذكرنا المسئلة به لانها في باب النكاح الرقيق من كتاب النكاح للشافعي قولان احدهما تصير ام ولد وتضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على اثباته الملك حكما لو اطئ اذ لو اثبته سابقا عليه لم يجب له ايجاب المهر والقول الآخر لا تصير ام ولد ويلزم المهر لانه لم يملكها وهو قول احمد وعلى هذا يستمر على ملك الابن وهذا يسقط ملك الابن بالقيمة بمجرد الوطئ حملت اولادا ذا كان تملكها لانما عرف انه لا يصح دعواه ولد مدبرة ابنه ولا ام ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان في لفظ الجارية عرف بخروجها فقد اخرجها باللفظ والا فبالحكم المذكور في المسئلة وشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق اذا وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة ايضا فلو باع الابن الجارية ثم عادت اليه بشراء او رد ولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها فادعاه الاب لم يصح دعوته الا ان يصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبي ذلك وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافرا ثم اسلم او عبدا فعتق او مجنونا فافاق فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من الاسلام والعتق والافاقة الى الدعوة فادعاه لا يصح لعدم الولاية الا ان يصدقه الابن لو ادعاه بعد افاقته وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر من افاقته ففي القياس لا يصح لعدم ولايته عند العلوق وفي الاستحسان يصح لان العتة لا يبطل الحق والولاية هل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعي مرتدا فهي موقوفة عند ابي حنيفة ان عاد الى الاسلام صحت والا لا وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لانه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان توقف عندهما ايضا لان تصرف المرتدة في مال ولده موقوف عندهما ايضا لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه وفيه لا يتوقف لا سيما في النسب لانه يحتاط في اثباته فينفذ قوله وان وطئ ابو الاب مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه لان شرط الصحة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا او حيا كافرا او عبدا او مجنونا فان الجد يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد ناقذة عندهما فصحت تصرف الجد وعند ابي حنيفة موقوفة فان اسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته او لحق وقضي بلحاقه صحت ولو باع ابن الابن الجارية حاملا ثم استردها فولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الاب قوله واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه سواء كانت في المرض او الصحة وهذا اذا ادعى احدهما واعتق الآخر معسرا فالدعوة اولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الآخر وسواء كان المدعي مسلما او كافرا لانه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية ثبت في الباقي والفاء في فادعاه تحمل على معنى من التي لابتداء الغاية اي ثبت من نصف الامة المملوكة له لا تكون للتعليل كقوله م امراة دخلت النار في هرة اي لما ثبت نسب الولد بسبب نصف المملوك له لان قوله ثبت في الباقي مبتدأ عنه وحاصل المعنى انه ثبت النسب من نصف الام فثبت من كلها لانه اي النسب لا يتجزى ثبوته من امراة فثبوته عن بعضها هو عين ثبوته من كلها ولا يقال سيأتي انه ثبت من رجلين بالنسبة الى المرتدة اما على قول الليس في ذلك تجزيه من امراة لان النسب ثبت من كلها لكل منهما لا من بعضها لواحد ومن البعض الآخر وانما لا يتجزى لان سببه وهو العلوق لا يتجزى في امراة بان يتعلق الولد من ماء رجلين على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلا تعلق من الآخر وعلى قول غيرنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض مثبتي القافة على ما سيأتي فعدم التجزي ان لا تعلق

فصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزأ عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير نصفها ام ولد له ثم يضمن نصف قيمتها لشريكه
لانه هو قابل للملك ويتم بنصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب
شريكه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدم فصار واطئا
ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك

الولد نصفها قوله وصارت ام ولد له اتفاقات اما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزى كما لا يتجزى ثبوت النسب فلا يصير نصفها ام ولد له ثم يتملك
نصف شريكه بل تصير كلها ام ولد وعنده يصير نصفها ام ولد ثم يتملك الآخر لانه قابل للنقل ولا يمتنع تجزى الامومة كما امتنع
تجزى ثبوت النسب لان معنى كونها ام ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزى عنده بمعنى زوال الملك
فجازت امومة نصفها بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم ثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي او اعتاقه الى
آخر ما عرف لكن لما كان النص المفيد لتجزى العتق اوجب ان لا يبقى بعضه رقيقا وبعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق
وجب فيها اذا صار بعضها ام ولد بمعنى استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا وبعضها مستحقا للعتق
والحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر تجزيها في حق الامومة بل التجزى في الابتداء ثم يتم الكل عنده وعندهما صارت
ام ولد من اول الامر ثم لا يخفى ان تعليل يملك نصيب شريكه بانه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال اجاز
للتجارة والعلم ولو قيل لان الطريق عدم جنونه وكونه افسد يضيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز
تركه من الشريك بل الثابت به جواز ان يضمنه وللانسان ترك حقه وههنا لو رضي الشريك بترك تضمينه فليصير نصفها ملكا له
ونصفها ام ولد للآخر فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرق نصفها الآخر او يسعى له اذ ذاك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا ما قلنا
من النص الدال على انه اذا اعتق البعض لا يبقى البعض رقيقا والحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطيها الذي علقت منه
وكذا نصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطئ جارية مشتركة لان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه
وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو سبوق بالوطي وبابتدائه يثبت بالمهر فلا يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد
بالضرورة على كل حال فيسقط ما اصاب حصة ويضمن حصة شريكه وما قبل الاصح ان حكم العلة يقارنها في الخارج لم يختره احد وقد ملأ الكتاب
من ذلك واوله ومن باب من تجوز دفع الصدقة في خلافية زفر فيها اذا وقع النصاب الفقير منعة زفر لان الدفع قارن الغنى فاجاب
بانه حكم الدفع فيتعقبه ثم لم يزل مكرره في كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم في يساره وقت اعساره لانه ضمان تملك كالبيع وعن ابي يوسف ان كان
المدعى معسرا سعت ام الولد لان منفعة الاستيلاد خصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكه ثبت
شرطا للاستيلاد لانه لا ملك له يكفي لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطي في ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو بالعلوق
ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطي اجيب بان الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد
الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاد ومنه الوطي فاعتبر مقدما عليه ولا يغرم قيمة ولدها
لان النسب ثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه ثبت في ذلك مثل ذلك الوقت ايضا فلم يعلق شئ منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمن
لرشدا واعلم ان مقتضى ما ذكره المص من ان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه ان العلوق قبل ذلك نصيب شريكه
فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه واستيلاد النسب الى العلوق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب ان لا يعلق منه شئ على ملكه لا يقال
يمكن كونه مرادا بالاستيلاد في قوله حكما للاستيلاد الوطي لانا نقول الاستيلاد اما ان يطلق على العلوق او على مجموع الوطي مع الانزال والعلوق

وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رح يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يخلق من مائين متغايرين فعلمنا بالشبه وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف في اسامة رض

اما مجرد الوطي بلا انزال فلا لو سلم لم يصح فبوت الملك ح لان نقله من ملك الشريك الى ملك المستولد صير ورتها ام ولد له ولا تصير الا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لانه يلا موجب والاعتراض السابق بان حكم العلة معها في الاصح لا يفيد لان نقله مع العلوق ايضا بلا موجب لانها مالم تصر ام ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله معقب للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لانه ح مأذون لا قيمة له فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك المأذون هذا اذا حملت على ملكهما فان اشتريا حاملا فادعاه احدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاد الى وقت العلوق لانه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوة ملك وهي كالاعتاق الموقع الا انه تضمن نصيب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر لشريكه هنا لان الوطي لم يوجد في ملك شريكه قوله وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما وكانت الامة ام ولد لهما فتحرم كلا منهما ما دامت احدهما عتقت والضمان للحي في تركة الميت لرضى كل منهما بعتقها بعد الموت ولا تسعى للحي عند ابي حنيفة لعدم تقومها وعلى قولهما تسعى في نصف قيمتها له ولو اعتقها احدهما عتقت ولا ضمان عليه للسابق لاستحالة في قول ابي حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا وعلى كل احد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بما له على الآخر وفائدة الايجاب العقر مع التناقض له ان احدهما لو ابرأ احدهما عن حقه لقي حق الآخر وايضا لو قوم نصيب احدهما بالدراهم والآخر بالدينار كان له ان يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد فهذه احكام دعوتهما ذكرنا العقد ومنى منهما انه للياسة منهما حتى اذا مات احدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما وفرق المعين بوجه كل منهما فقال وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا وسيفيده بما اذا لم يكن مع احدهما مرجح فلو كان بان الشريكان ابا وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان احدهما ذميا يثبت من المسلم وحده وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلما وقيد بهذا بما اذا حملت على ملكهما وبوان تلده لتمام ستة اشهر يعني فصاعدا ولو سنتين منذ ملكاها واحترز به عما اذا كان الحمل على ملك احدهما كما اذا اشترى امة وهي آخر فولدت لاقل من ستة اشهر من الشراء فادعياه وهي ام ولد المزوج فان نسبه صار ام ولده والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما والابتداء عنده فيثبت في نصيب شريكه ايضا وايضا ما اذا حملت على ملك احدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعني لتمام ستة اشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول اولى لكون العلوق في ملكه واذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بان اشتريا امة فولدت لاقل من ستة اشهر من حين ملكاها او ولدته قبل ملكهما اياها فاشتريا فادعياه لا تكون ام ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد بان شرطها كون العلوق في الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعلق حرا وقد منا في كتاب العتق اختلاف المشائخ فيما اذا قال لعبد هذا ابني وامه في ملكه هل تصير ام ولده او لا قيل نعم مجهول النسب او معلومته وقيل لا فيهما وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه فيحمل ذلك على انه حكمنا حدثا بحال العلوق وبقولنا قال سفيان الثوري واسحق بن راهويه وكان الشافعي بقوله في القديم ورجح عليه احمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا فقدت القافة وقال الشافعي يرجع الى قول القائف فان لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب

ولنا كتاب عمر رض الى شريح في حادثة كهذه الى آخره ولبيتنا اليبين لهما وهو ابنهما يرثهما ويرثانه وللباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض ومن على رض ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب

الى ايهما شاء فان لم ينتسب الى واحد منهما كان نسبه موقوفا لانه لا نسب من غير دعوة والقائف هو الذي يتتبع آثار الاباء في الابناء وغيرها من الآثار من قاف اثره يقوفه مقلوب فاقاه مثل راءه مقلوب فراى والقيافة مشهورة في بني مدلج فان لم يكن مدلجي فنيره وهو قول احمد وقال به مالك في الاماء وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بان الولد لا يتخلق من مائين لا نهاكما تعلق من رجل لسد فم الرحم متعذر فعلمنا بالشبه وهذا يفيد ان القافة لو الحقوه بهما لا يلحق وهو قول الشافعي انه يبطل قولهم اذا الحقوا بهما وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما اخرج في كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رض قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة الم تري ان مجززا المدلجي دخل علي وعندي اسامة بن زيد وزيد عليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض وقال ابو داود وكان اسامة اسود وكان زيد ابيض ولنا كتاب عمر رض الى شريح في هذه الحادثة ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب اليه عمر رض لهما البسا فلبسا فليس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله اعلم بذلك قال ولانهما استويا في سبب الاستحقاق يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية كالارث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فلا يقبل التجزي كالارث وما ذكرنا يثبت في حقها على التجزية وما لا يقبلها كالنسب ولا يتها الانكاح يثبت لكل منهما كملا كان ليس معه غيره واعلم ان المعروف في قصة عمر رض هو ما قال سعيد بن منصور ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رض في امراة وطيها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وقال الشعبي وعلي يقول هو ابنهما وهما ابواه يرثانه ذكره سعيد ايضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امراة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر رض فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فالحقه لهما فجعله يرثهما ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعى عمر القافة واقتدى في ذلك ببعض القافة والحقه احد الرجلين ثم ذكر ايضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن ايوب عن ابن سيرين قال لما دعى عمر رض القافة فراوا شبهة فيهما وراى عمر مثل ما راى القافة قال قد كنت اعلم ان الكلية تلد الكلب فيكون كل جزء له ما كنت ارى ان اثنين يجتمعان في ولد واحد اسند عبد الرزاق ايضا عن معمر عن قتادة قال راى القافة وعمر جميعا شبهة فيهما وشبهانيه فقال هو بينهما يرثكما وترثانه قال فذكرت ذلك لابن المسيب فقال نعم هو للآخر منهما وقول المعدوم على مثل ذلك يشير الى ما اخرج الطحاوي في شرح الآثار عن مالك عن مولى لآل مخرمة انه قال وقع رجلان في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما هو فاتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منهما ورواه عبد الرزاق اخبرنا سفيان الثوري عن قابوس بن ابي ظبيان عن علي قال اتاه رجلان وقعا على امراة في طهر فقال الولد بينكما وهو للباقي منكما وضعفه البيهقي قال يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه وقابوس وهو غير محتج به عن ابي ظبيان عن علي قال وقد روي على مرفوع خلاف ذلك ثم اخرج من طريق ابي داود ثنا جيش بن هرم ثنا عبد الرزاق انا الثوري عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبيد خير عن زيد بن ارقم قال اتى علي رض وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امراة في طهر واحد فسال اثنين القرعة لهذا بالولد قالا لا حتى سألهم جميعا فجعل كلما سال اثنين

وان كان لا يجر ولكن يتعلق به احكامه تجزيه فما يقبل التجزية يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره

قال الفارع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه انتهى واعلم ان ابا داود رواه ايضا موقوفا وكذا النسائي عن علي رضي الله عنه باسناد اجود من اسناد المرفوع وكذا رواه الحميدي في مسنده وقال فيه وغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه وهو حسن بين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم سر بقول القافة وان عمر قضى على وفق قوله وانه عرم لم ينكر اثبات على النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما ينسب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القافة فاجاب المصنف بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة لما تقدم من ابي داود انه كان اسامة اسود وكان زيد ابيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون القافة فكان قول القافة مطلقا لطعنهم فسروره لاشك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التاذي بنفي نسبه وظهور خطائهم والرد عليهم فهم يحتمل مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها فيكون متعلق سروره ايضا وليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم ان لم نكن بكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيقتها ولم يثبت بعد وطعن بضم عين المضارع بالرمح وفي النسب واعلم انه استدل على صحة القيافة بحديث اللعان حديث قال عرم فيه ان جاءت اصيهب اشيخ خمس الساقين فهو لزوجها وان جاءت اورق جعدا حمالیا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به وفيه هي القيافة والحكم بالشبه واجاب اصحابنا بان معرفة ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي لا للقيافة وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريفه ان يعرف انه ابن فلان والحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمي به يشبه الزوج او لا لحصول الحكم الشرعي حينئذ بانه ليس ابنا للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسب الولد واجيب ايضا بانه لا يلزم عن حقيقة قيافة صلى الله عليه وسلم حقيقة قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا باعتبار امور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها ثم انه عرم سر بفعل على رغم وهو الحاقه بالقرعة وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريقة صحيحة لتقريره عرم اياه بل سر به فان الضحك دليل مع عدم الانكار واذا لم يقل يلزمه الحكم فنسخه غير انه يبقى ما ثبت عن عمر رضي الله عنه من العمل بقول القافة فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروي عنه في قصة تشريح لخفائها وعدم تثبتها وان كانت قصته مرسلة فان سليمان بن يسار عن عمر مرسل وكذا عروة عنه لكنهما اذا ما لا يسميان الا عن قوي امين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين على ان قول سعيد بن المسيب العلم في اسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول لان عمر رضي الله عنه روى عن عمر رضي الله عنه بالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا واذا ثبت عمل عمر بالقافة لزم ان ذلك الاحتمال في سروره عرم وهو كون الحقيقة من متعلقاته ثابت والشافعي لم يقل بتبعية الولد لاثنين يلزمه اعتقاد ان فعل عمر رضي الله عنه كان عن رواية لا يقول القافة فيلزمه القول بثبوت النسب من اثنين او دخل محل الاجماع عن الصحابة وهو ملزوم لاحد الامرين اما سروره عرم لم يكن متعلقا الا به وطعنهم او ثبوت نسخه به لقول الا انا لا نقول انه من مآخذها كما يفهم من بعض الروايات ان الماءين لا يجتمعان في الرحم الا متعاقبين فاذا فرض انه خلق من الاول لم يتصور خلقه من الثاني بل انه يزيد في الاول في سمعه قوة وفي بصره واعضائه وامّا التعليل بانه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا ان الحامل لا تحيض فما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بانه في نفس الامر من ماء احدهما

الا اذا كان احد الشريكين ابا لآخر وكان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عليه السلام فيما روى لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فصير نصيبه منهما ام ولد تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر فصار كما لو علق على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراث كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث ابن واحد لاستوائهما في السبب اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقته المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملك ابنه فلا معتبر بتصديق الابن

ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وارباعة وخمسة واكثر وقال ابو يوسف لا يثبت من اكثر من اثنين لان القياس ينفي شبوته من اثنين لكنه ترك لاثر عمر وقال محمد لا يثبت لاكثر من ثلثة لقرب الثلثة من الاثنين وله ان سبب ثبوت النسب من اكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يقضي للمرأتين فلا يحق الامام واحدة ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة او متساوية في الجارية في دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم لانه ابنه من هذه المراة وهي تصدقه فعند ابي حنيفة يقضي به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضي به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضي به بينهم وعندهما يقضي به للرجل للمرأتين قوله الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر استثناء من قوله وما لا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت في حق كل منهما كملا وفي المبسوط امته بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم اولى لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فانه لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي اولى لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين لكن يبدأ الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتبا فادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه ليس لهم ملك لاشبهة قيل ويجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت لامته ولا يتعين ذلك بل ان تزوج منهما ايضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه اقرب الى الاسلام وعزم كل صاحبه نصف العقر قوله وكانت الام ام ولد لهما لصحة دعوى كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منهما ام ولد له تبعا لولدها ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئا لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شئ قوله ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراث كله حيث ادعى انه ابنه وحده واقراره حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة لا يسري في حق الآخر وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصار كما اذا اقاما البينة على شئ يصير مشتركا بينهما فكذا اذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع قوله واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر فح يثبت نسبه منه لما سيذكر وعن ابي يوسف رح لانه لا يعتبر تصديقه بل يثبت نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر الى تصديقه وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه بجامع ان الموطوءة كسب لمدعي او بطريق اولى لان للمولى في المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك حقيقة في رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك اقوى من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى اولى وجه الظاهر وهو الفرق بين جارية الابن وجارية المكاتب ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه والاب يملك تملك ابنه لحاجته على ما عرف فلا معتبر بتصديقه وهذا بخلاف الوارث ليستولد امته من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق احد لانه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من التركة باعطاء قيمته فليس احد احق منه ليحتاج الى تصديقه بخلاف البائع يدعي ولدا لمبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ويجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وههنا ان حصل العلوق في ملك المولى لرقبة

وعليه عقرها لانه لا يتقدمه للملك لان ماله من الحق كان لصحة الاستيلاد حتى لا تكره وقيمة ولدها لانه في معنى الغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في حال المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا يد من تصديقه يقيه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال المانع اذ هو الحق المكاتب اذ هو المالك

المكاتب لكن لم يحصل في ملكه لعجزه ملكا خاصا ساوا عترض بانه لا معنى لاشتراط التصديق لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر بل غايته انه اعترف له انه وطئ الجارية فيقتضي ان لا يثبت النسب اذ لم يرتفع به المانع من ثبوته الا يرى انه لو اقام البينة على انه وطيها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة اقوى من التصديق فظهر اشتراط التصديق وقد يجاب بان هذا الحجر بحق آدمي لكونه هو احق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو احق به منه الا ان يصدقه بخلاف ان يكذبه بان يدعيه هو فلا به من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا اقام بينة على الوطي فان تكذيبه قائم واعتبار التصديق ليس بما استعلام الوطي قطعا بل تقديما للاحق على غيره بخلاف احد الشريكين اذا استلحق فانه لا يتوقف على تصديق الآخر لانه ليس احدهما احق من الآخر **قوله** وعليه عقرها للمكاتب لانه اي لان وطيه المدلول عليه بقوله فاذا وطئ المولى لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق اي حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما ذكر يعني قوله لبقيه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه ايانا لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطئ امته نفسه واذا وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطيها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطئ امتها اولى وابعد شارح فقال اي لما تذكره في كتاب المكاتب من انه تثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع ان مجرد ثبوت حق في ذمة سيد امة لا يصح استيلاد صاحب الدين فلتفتر تنا وله ممن مكان بعيد وهو اقرب اليه من حبل الوريد **قوله** وقيمة ولدها عطف على عقرها اي وعليه قيمة الولد لانه في معنى الغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه اي الجارية بتاويل الشخص كسب كسبه فلم يرض برقه حيث اعتمد دليلا يوجب حريته فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كما ان المغرور بشراء امة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا في حرقية الولد بالقيمة الا ان قيمة الولد هنا يعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق ان العلوق هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض بثوت نسبه بحق ملكه لما لكها الا انه محجور بحجر شرعي عنها فشرط تصديقه فاذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في قرب اوقات الامكان واما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه اماته حبسها عن صاحبها تقديرا ثم لا يصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة لما في ام ولد المغرور بالمبيعة المستحقة لا يكون ام ولد له ولا تناقض بين قوله لا تصير ام ولد وبين قوله ان ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد واستلحاق الولد كما قررناه اول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه واما ثبوت امومية الولد للام فانما هو لازم في بعض الصور وهو اكثرها دون بعض وليس علينا ليلزم نفي ما انجته ثم اذا ملك هذا الجارية يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد فثابت النسب **قوله** وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا اي من انه لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه فلو ملكه اي لو ملك الولد يوما من الدهر يثبت نسبه منه وكان ولدا له لقيام الموجب وهو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب **فروع** تقدم في رجل فجر بامة فولدت ثم اشتراها لا تصير ام ولد له استحسانا وان اشترى الولد عتق الولد عليه وفي المحيط يجوز اعتاق ام الولد وكتابتها لتعجيل الحرية وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا حرية وفي غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفي جامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال

يعتبر يومها

کتاب الایمان

ولا تسعی فی دین و فی الکافی امة بین رجلین قالافی صحتها ام ولد احدنا ثم مات احدهما یؤمر الحی بالبیان دون الورثة لانه یخبر عن نفسه والورثة یخبر بفعل غیرهم فان قال الحی هی ام ولدی فهی ام ولده ویضمن نصف قیمتها ولا یضمن من العقر شیا لانه لما اقر بوطیها بعد ملکها فجعله استولدها بنکاح قبل ولو قال هی ام ولد المیت عتقت صدقته او کذبته لانه ان صدق فهی حرة فان کذب فکذلک لاقراره بعتقها بموته ولا سعایة للحی لانه یدعی الضمان علی المیت وکذا للورثة لانهم یدعون علیه الضمان اکن لا فی اقراره وان صدقوه فقد اقروا بعدم السعایة والله الموفق

کتاب الایمان

اشترک کل من الیمین والعتاق والطلاق والنکاح فی ان الهزل والاکراه لا یؤثر فیه الا انه قدم علی الکل النکاح لانه اقرب الی العبادات کما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فایلاؤه ایاه اوجه واختص العتاق عن الایمان بزیادة مناسبة بالطلاق من جهة مشارکته ایاه فی تمام معناه الذی هو الاسقاط وفی لازمه الشرعی الذی هو السرایة فقدم علی الیمین و لفظ الیمین مشترک بین الجارحة والقسم والقوة لغة والاولان ظاهران وشاهد القوة قوله تعالی لاخذنا منه بالیمین وقول الشماخ وقیل للخطیئة + رایت عرابة الاوسی یسمو + الی الخیرات منقطع القرین + اذا ما رایة رفعت لمجد + تلقاها عرابة بالیمین + ای بالقوة ثم قولهم انما سمی القسم یمینا لوجهین احدهما ان الیمین هو القوة والحالف یتقوی بالاقسام علی الحمل او المنع والثانی انهم کانوا یتماسکون بایمانهم عند القسم فسمیت بذلک یفید انه لفظ منقول ومفهومه اللغوی جملة اولی انشائیة صریحة الجزئین اولی یوکدها جملة بعدها خبریة وترک لفظ اولی یصیر غیر مانع لدخول نحو زید قائم زید قائم وهو علی عکسه فان الاولی هی الموکدة بالثانیة من التوکید اللفظی وجملة اعم من الفعلیة کحلفت بالله لافعلن او احلف والاسمیة مقدمته الخبر کعلی عهد الله او موخرته نحو لعمرک لافعلن وهو مثال ایضا لغیر المصرح بجزئیها ومنه وآلله وتالله فان الحرف جعل عوضا عن الفعل واسمار هذا المعنی التوکیدی ستة الحلف والقسم والعهد والمیثاق والایلاء والیمین وخرج بانشائیة نحو تعلیق الطلاق والعتاق فان الاولی لیست انشائیة لتعالیق اما لغة واما مفهومه الاصطلاحی فجملة اولی الشائیة مقسم فیها باسم الله او صفة ما یوکدها مضمون ثانیة فی نفس السامع ظاهرا وتحمل المتکلم علی تحقیق معناها فدخلت بقید ظاهرا للغموس او التزام مکروه کفرا وزوال ملک علی تقدیر لیمنع عنه او محبوب لیحمل علیه فدخلت التعلیقات مثل ان فعل فعبدی حر فان دخلت فانت طالق بضم الهمزة لمنع نفسه وبفتحها لمنعها فان بشرتنی فانت حر وسببها الغالب ثارة ایقاع صدقة فی نفس السامع وثارة حمل نفسه او غیره علی الفعل او الترک فبین المفهوم اللغوی والشرعی عموم من وجه لتصادقهما فی الیمین بالله وانفراد اللغوی فی الحلف لغیره مما یعظم وانفراد الاصطلاحی فی التعلیقات ثم قیل یکره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلی الله علیه وسلم من کان حالفا فلیحلف بالله الحدیث والاکثر علی انه لا یکره لانه لمنع نفسه او غیره ومحل الحدیث غیر التعلیق مما هو بحرف القسم وترکیبها اللفظ الخاص واما شرطها فالعقل والبلوغ وحکمها الذی یلزم وجودها وجزاء البر

قال الايمان على ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على يمين ماض يتعمد الكذب فيه لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا شبه المعقودة والثاني كبيرة محضة والكفارة سادة تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيه ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ غير مقارن متعمد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الالحاق

فيما اذا عقدت على طاعة او ترك معصية فيثبت وجوبان لامرين الفعل والبر ووجوب الحنث في الحلف على ضدهما وندبه فيما اذا كان ضد المحلوف عليه جائزا وسباقي واذا حنث فيما يجوز فيه الحنث او يحرم لزمته الكفارة قوله اليمين على ثلثة اضرب يمين الغموس والاصح ان النسبة بين اليمين والغموس على الوصف لا الاضافة واليمين الغموس فاضافة المؤنث الى منه وهي ممنوعة وما قيل هو كعلم الطب ردبانه اضافة الجنس الى نوعه لان الطب نوعا لا وصف للمضاف ومثل صلوة الاولى مقصور على السماع وسميت غموسا لتغمسها صاحبها في الاثم ثم في النار فعول بمعنى فاعلة بصيغة المبالغة قوله فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب به وليس هذا بتقييد بل الحلف على الحال ايضا كذلك كوالله ما لهذا على دين وهو يعلم خلافه والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة واقرب الالفاظ اليه ما في صحيح ابن حبان من حديث ابي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرء مسلم حرم الله عليه الجنة واوجب له النار وفي الصحيحين بقي الله وهو عليه غضبان وفي سنن ابي داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوء مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء الحكم اي المحبوس عليها لانها مصبورة عليها قوله ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وهو قول اكثر العلماء منهم مالك واحمد رض وقال الشافعي فيها الكفارة لانها شرعت في الاصل وهي المعقودة لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق في الغموس فيتعدى اليه وجوبها ولنا انها كبيرة محضة لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر رض عنه عليه الصلوة والسلام الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها اي بما هو كبيرة بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيه ذنب بان يحنث في موضع وجوب البر على ما ذكرنا من التفصيل فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ غير مقارن متعمد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الالحاق وحاصل هذا ابداء وصف في الاصل وهو كونه مباحا وادعاء كونه جزأ الموثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار ويجاب بان الموجب فيه العود لا نفس الظهار قال ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو مباح لكونه امساكا بالمعروف وبالافطار في رمضان ولو بجماع او زنى اجيب الكفارة باعتبار النظر العدمي المشتمل ويجب الحد باعتبار انهما في انفسهما كبيرة ولخصه آخر بان ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالاول والكفارة بالثاني ونقض ايضا بقتل المحرم صيدا عمدا واجيب بان عين الفعل ليس حراما حتى لو فعله في غير الاحرام والحرم لم يحرم وانما حرم باحرامه وبالحرم لا بنفسه وصحح شارح الايراد ومنع نفي كون المعصية سببا للكفارة وجعل المذكور من الاجوبة خبطا ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لان كلامهم هذا يقتضي تقييد قولهم المعصية لا تصلح سببا للكفارة لكونها عبارة بما اذا كان حراما لعينه ومرجعه الى التحسين والتقبيح في الفعل لذاته وهو منتف عند الاشعرية وهو قليل جدا كانه لا يزيد على الكفر والظلم وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لان اليمين في نفسه مباح او عبادة اذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم وهذا لا يسقط من قلب المؤمن الحالف تعمدا والا كانت كفرا وانما رجح باطلانه بقبحها ليس الا لعدم مطابقة المحلوف عليه او لقصده وذلك ذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره على ان كون حرمة السبب يمنع مناسبتها للعبادة الا بالتفصيل بين كون الحرمة لعينه او لغيره ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جائزة او ساترة في ذنب اخف شرعيتها كذلك في ذنب اعظم

والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا وايمان اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين ترجو ان لا يواخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان الآية علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره

كان اوجه وللشافعي رحمه الله قولان الغموس مكسوبة بالقلب والمكسوبة يواخذ بها لقوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم بما كسبت قلوبكم وبين سبحانه تعالى المراد بالمواخذة بقوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته فبين ان المراد بها الكفارة والجواب ان المواخذة مطلقا في الآخرة وهي المراد بالمواخذة في المكسوبة والمراد بها في المعقودة الكفارة كما ذكر قالوا الغموس داخلة في المعقودة فتجب الكفارة بها في النص من غير حاجة الى زيادة تكلف الجواب منع انها معقودة لانها ربط في الشرع بالاسم العظيم بمعنى على وجه حمله عليه في المستقبل او منعه منه فاذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل او لتوكيد صدقه الظاهر فاذا طابق الخبر بر وانحلت ولا شك في ان بالحنث تنحل اليمين والغموس قارنها ما يحلها وهو ما لو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد لانه اذا قارنها انعقادها كالردة والرضاع في النكاح بخلاف مس السماء ونحوه فانه لم يقارنها لانها عقدت على امر في المستقبل فما يحلها هو انعدامه في المستقبل لا في الحال وعلى هذا قيل الغموس ليست بيمين حقيقة لان اليمين الشرعية تنعقد للبر وهو غير ممكن فيها وما قطع بانتفاء فائدته شرعا يقطع بانتفائه شرعا وتسميتها يمينا مجاز لعلاقة الصورة كالفرس للمصورة المنقوشة او هو من الحقيقة اللغوية وعلى احد هما يحمل قوله عليه الصلوة والسلام واليمين الفاجرة ونحوه على ما ذكرناه واعلم ان المعقودة عند الشافعي ليست سوى المكسوبة بالقلب وكون الغموس قارنها الحنث لا ينفي الانعقاد عنده وكونها لا تسمى يمينا لانها لم تعقد للبر لا شك في تسميتها يمينا لغة وعرفا وشرعا بحيث لا تقبل التشكيك فليس الوجه الا ما قدمنا من ان شرعية الكفارة لرفع ذنب اصغر لا يستلزم شرعها لرفع اكبر واذا ادخلها في مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم الى غموس وغيرها عسر النظر معه الا ان يكون لغة او سمع وقد روى الامام احمد في مسنده باسناد جيد صحيح بجودته ابن عبد الهادي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث مطول قال فيه خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله عز وجل وقتل النفس لغير حق وبهت مؤمن والفرار من الزحف ويمين صابرة يقتطع بها مالا بغير حق انتهى وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة على مال كاذبا وغيرها وصابرة بمعنى مصبورة كعيشة راضية وتقدم ان المصبورة المقتضى لها انها مصبور عليها اي محبوس والصبر حبس النفس على المكروه ومنه قتله صبرا اذا لم يكن في حال تصرفه ورفعه مختارا عن نفسه

قوله والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وما في قوله ما يحلف مصدرية اي الحلف على امر في المستقبل وبهذا يفيد ان الحلف على ماض صادقا فيه كوالله لقد قدم زيد امس لا تسمى منعقدة ويقتضي انها اما ليست يمينا وهو بعيد او زيادة اقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفي كلام شمس الائمة ما يفيد انها من قبيل اللغو ان اراد لغة فممنوع لانه مالا فائدة له وفي هذا اليمين فائدة تاكيد صدقه في خبره عند السامع وان اراد دخولها في اللغو المذكور في الآية بحسب الارادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه ولم يقل احد بذلك فكان خارجا عن اقوال السلف والجواب ان الاقسام الثلاثة فيما يتصور منه الحنث لا في مطلق اليمين

قوله ويمين اللغو ان يحلف على امر وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا ونحوه وتدخل في ذلك الافعال كما ذكرنا والصفات ومن الثانية ما في الخلاصة رجل حلفه السلطان انه لم يعلم بامر كذا فحلف ثم تذكر فعلم انه كان يعلم ارجو ان لا يحنث ونحوه فهذه اليمين ترجو ان لا يؤاخذ الله

قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح و الطلاق واليمين والشافعي رح يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه انشاء الله تعالى

صاحبها وانما قيد بعدم المواخذة بالرجاء مع انه مقطوع به في كتاب الله تعالى حيث قال لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم لانه تفسير محمد رح بما ذكر وهو مروي عن ابن عباس وبه قال احمد وقال الشافعي كل يمين صدرت عن غير قصد في الماضي وفي المستقبل وهو مباين للتفسير المذكور لان الحلف على امر يظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن احمد وهو معنى ما روى صاحب السنن عن عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبي ومسروق لغو اليمين ان يحلف على معصية فيتركها لا غيا بيمينه وقال سعيد بن جبير ان يحرم على نفسه ما احل الله له من قول او عمل فلما اختلف في معنى اللغو علقه بالرجاء والاصح ان اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المواخذة به وكذا في الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ما قيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتأدب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لاهل المقابر وانا ان شاء الله بكم لاحقون واما بالتفسير الرابع فغير مشهور فكونه لغوا هو اختيار سعيد قوله والقاصد في اليمين والمكره عليه والناسي وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكره تلفظ به وفي بعض النسخ الخاطئ وهو من اراد ان يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه اليمين فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله عليه الصلوة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين هكذا ذكره المصنف وبعضهم كصاحب الخلاصة جعل مكان اليمين العتاق والمحفوظ حديث ابي هريرة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة اخرجه احمد وابو داود وابن ماجة وقد ورد حديث العتاق في مصنف عبد الرزاق من حديث ابي ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن اعتق وهو لاعب فعتقه جائز وروى ابن عدي في الكامل من حديث ابي هريرة رض عنه عوم قال ثلث ليس فيهن لعب من تكلم بشئ منهن لاغيا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح واخرج عبد الرزاق عن علي و عمر رض موقوفا انهما قالا ثلث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وفي رواية عنهما اربع وزادوا النذر ولا شك ان اليمين في معنى النذر فيقاس عليه واعلم انه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا اصلا ولم يدر ما صنع وكذا المخطئ لم يقصد قط التلفظ به بل بشئ آخر فلا يكون الوارد في الهازل واردا في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا ثبت في حقه لغة ولا قياسا واذا كان اللغو بتفسيرهم وهو ان يقصد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين فما لم يقصده اصلا بل هو كالنائم يجري على لسانه طلاق او عتاق لا حكم له اولى ان لا يكون لها حكم اليمين وايضا فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو انه كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله ان لم يكن هو نفس التفسير الذي فسر به الناسي فان المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم به بل يجري على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه كان اقرب اليه من الهازل فحمل الناسي على اللاغي بالتفسير المذكور اولى من حمله على الهازل وهذا الذي اداه اليه وقدم لنا مثله في الطلاق فلا تكن غافلا قوله والشافعي يخالفنا في ذلك فيقول لا تعتقد يمين المكره ولا الناسي ولا المخطئ للحديث المشهور رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه قال المصنف وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى واستدل ابن الجوزي للشافعي واحمد رض في التحقيق في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه

ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا

الدارقطني عن واثلة بن الاسقع وابي امامة قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مقهور يمين ثم قال عيسى بن سعيد ضعيف قال صاحب تنقيح التحقيق حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم **قوله** ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرا لليمين مختارا وعن كل من الشافعي واحمد روايتان بحنث ولا يحنث وهو الاصح عند الشافعي للحديث المذكور وقد صرح به في طلاق المكره من كتاب الطلاق وهذا لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لان الحنث هو السبب عندنا وانما يناسب حقيقة مذهب الشافعي لان السبب عنده اليمين والحنث شرط على ما عرف والحاصل ان الوجوب يثبت عنده سببا كان او شرطا وبالنسيان والاكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة وكذا اذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه او مجنون تلزمه الكفارة فيخرجها وليه او هو اذا افاق لما ذكرنا من تحقق الشرط اي السبب حقيقة وقوله ولو كانت الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر وهو ان وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ولا ذنب على الحانث اذا كان مغمى عليه او مجنونا فاجاب بان الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دائما بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة او يدفع ضررا كما في الاستبراء شرع وجوبه مع الملك الموكد بالقبض يحصل معه رفع مفسدة اشتباه النسب قادر على نفس الشراء مع القبض سواء كان ذلك الوهم حاصلا او لا كما في شراء الامة الصغيرة التي لم تبلغ حد الشهوة واما الوهم كما في شراء الامة البكر فوس المرأة فليس بصحيح لان التوهم حاصل لجواز جبل البكر ومملوكة المرأة على ان كونها لرفع الذنب دائما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم ان ينعقد على امر مما يحلف عنه مجانا للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث او يندب والله اعلم

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا **قوله** واليمين بالله او باسم آخر من اسمائه يفيد لفظة آخر ان المراد بالله اللفظ فقابل والاسم الآخر كالرحمن والرحيم والقدير ومنه الذي لا اله الا هو ورب السموات والارض ورب العالمين ومالك يوم الدين والاول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء واذا قالوا في قوله والطالب الغالب انه يمين لانه تعارف اهل بغداد الحلف به لزم اما اعتبار العرف فيما لا يسمى من الاسماء من الكتاب والسنة فان الطالب لم يسم بخصوصه بل الغالب في قوله تعالى والله غالب على امره واما كونه بناء على القول المفصل في الاسماء ويفيد قوله آخر ان لا بد من كونه اسما خاصا فلو قال واسم الله وهو عام يقتضي ان لا يكون يمينا والمنقول لو قال باسم الله ليس بيمين وفي المنتقى رواية ابن رستم عن محمد انه يمين فليتامل عند الفتوى ولو قال وباسم الله يكون يمينا ذكر ذلك في الخلاصة وقوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا قيد في الصفة فقط فافاد ان الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه او لم يتعارفوه وهو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح وهو قول مالك واحمد والشافعي في قول وقال بعض مشائخنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله نعم كالحكيم والعليم والقادر والعزيز فان اراد به يمينا فهو يمين فان لم يرد فليس يمينا ورجحه بعضهم بانه ان كان مستعملا لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين ارادة احدهما الا بنية واما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم فقيده بكون الحلف بها متعارفا سواء كان من صفات الفعل او الذات

قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اى معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها وهو المطر او الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة

قول مشائخ ماوراء النهر ولذا قال محمد في قولهم وامانة الله انه يمين ثم سئل عن معناه فقال لا ادري لانهم رأيتهم يحلفون به فحكم بانه يمين ووجهه انه اراد بعني والله الامين فالمراد الامانة التي تضمنتها لفظة الامين كعزة الله التي هي ضمن العزيز ونحو ذلك وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يمينا لعدم التعارف ويزاد العلم بانه يراد به المعلوم فقول الشيخ ابي المعين في تبصرة الادلة ان الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع ان كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الاصل بل هو على محاذات قول القائلين في الاسماء ان ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره ان اراد به الله تعالى كان يمينا والا فلا فجعل مثله في الصفات المجردة عن الدلالة على الذات ان اريد صفة القائمة به فهو يمين والا لا لا يقال مقتضى هذا ان يجري في قدرة الله مثله ان اريد به الصفة كان يمينا او المقدور على ان يراد بالمصدر المفعول او المصدر ويكون على حذف مضاف اي اثر قدرته لا يكون يمينا وليس المذهب ذلك لانا نقول انما اعتبر ذلك فيما لا يتعارف الحلف به وقدرة الله يحلف بها متعارف فينصرف الى الحلف بلا تفصيل في الارادة ولمشائخ العراق تفصيل آخر هو ان الحلف بصفات الذات يكون يمينا وبصفات الفعل لا يكون يمينا وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف باضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة وصفات الفعل ما يصح ان يوصف بها وباضدادها كالرحمة والرضا لوصفه سبحانه بالغضب والسخط وقالوا ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كالذات قيل يقصدون بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره وهذا لان الغير هو ما يصح انفكاكه بزمان او بمكان او بوجود ولا يخفى ان هذا اصطلاح محض لا ينبغي ان يبتنى الفقه باعتباره وظاهر قول هؤلاء انه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة الذات مطلقا يحلف بها تعورف او لا وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورف وعلى هذا فيلزم ان سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا عند هؤلاء وعلى اعتبار العرف لا يكون يمينا لانه لم يتعارف الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التي لا يسمى بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين الى آخرها قدمنا اول الباب يكون الحلف بها يمينا بكل حال وكذا الصفات التي لا تحتمل ان تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة الى عرف فيها بخلاف الاسماء التي تطلق على غيره تعالى كالحي والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف او نية الحالف وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فانه قد تستعمل في المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال اللهم اغفر علمك فينا وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه ففي هذه يجري التعليل بالتعارف وعدمه ووجه اليمين الا ان اراد الجارحة **قوله** الا قوله وعلم الله استثناء من صفته من صفاته لكن قيد هناك بقوله التي يحلف بها عرفا فيقتضي ان علمه مما يحلف به عرفا فيتناوله الصدر فاخرجه من حكمه بعد دخوله في لفظه وليس كذلك لانه علله بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل واورد على تعليله الثاني القدرة فانها تذكر ويراد بها المقدور واجيب بالمنع فان المقدور بالوجود خرج عن ان يكون مقدورا الان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقبل الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكن المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القائمة بذاته تعالى بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم فانه لا يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود فتظهر الفرق وبهذا يوجب ان لا تصح ارادة المقدور

ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليسكت وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال ثم معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بريء منهما يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف يحرف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك مسموع في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لافعلن كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينتصب لانتزاع الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بما قال الله تعالى امتثالا لامره

بعد الوجود وهو غير صحيح اما وقوعها فقالوا انظر الى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعا الا الموجود واما تحقيقا فلان القدرة في المقدور اذا كان مجازا لا يمتنع ان يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازا في المرتبة الثانية نعم الحق ان لا موقع للتعليل الثاني لان تفريع كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس الا على قول معتبري العرف وعدمه في اليمين فالتعليل ليس الا لنفي التعارف فيسر وأما لو فرع على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب ان يكون يمينا لان العلم من صفات الذات فلا معتبر بانه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل ح قوله

من حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت متفق عليه قال وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال ومعناه ان يقول والنبي والقرآن اما اذا حلف بذلك بان قال انا بريء من النبي والقرآن كان يمينا لان التبري منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سيأتي وكذا اذا قال هو بريء من الصلوة والصوم يكون يمينا عندنا فكذا هو بريء من الاسلام ان فعل كذا وبحرمة شهد الله او لا اله الا الله ليس يمينا ولو رفع كتاب فقه او حساب فيه البسملة فقال هو بريء مما فيه ان فعل ففعل لحرمة الكفارة ثم لا يخفى ان الحلف بالقرآن الان متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلثة وتعليل عدم كونه يمينا بانه غير تعم لانه مخلوق لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ولا يخفى ان المنزل في الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المتقدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه غير انهم اوجبوا ذلك لان العوام اذا قيل معهم القرآن مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا فاما الحلف بكلام الله تعم فيجب ان يدور مع العرف واما الحلف بجان سرتوا ومثله الحلف بحياة راسك وحياة راس السلطان فذلك ان اعتقد ان البر واجب فيه يكفر وفي تتمة الفتاوى قال علي الرازي اخاف على من قال بحياتي وحياتك انه يكفر ولولا ان العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رض لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغير الله صادقا قوله والحلف بحروف القسم الى قوله ومذكور في القرآن قال تعم فورب السماء والارض انه لحق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعم تالله لقد ارسلنا الآية ومثل للبا بقوله تعم بالله ان الشرك لظلم عظيم وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعم قبله لا تشرك ثم قالوا الباء هي الاصل لانها صلة الحلف والاصل احلف او اقسم بالله هي الالصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ولاصالتها دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لافعلن ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهي ما في الالصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فلكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل عن الواو لانها من حروف الزيادة وقد ابدلت كثيرا منها كما في تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر الا على اسم الله تعم خاصة وما روي من قولهم تربي ترب الكعبة لا يقاس عليه وكذا بحياتك فرع قال بسم الله لافعلن كذا اختلفوا فيه والمختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو الا ان نصارى بلادنا تعارفوه فيقولون واسم الله قوله وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لافعلن كذا لان حذف حرف الجر من عادة العرب يريد بالحذف الاضمار والفرق ان الاضمار يبقي اثره بخلاف الحذف وعلى هذا فينبغي ان يكون في حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر اثره وفي حالة الجر مضمرا لظهور اثره وهو الجر في الاسم وقوله ثم قيل ينتصب لانتزاع الخافض قيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف فظاهره في

وقال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رض وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوق [illegible] فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال

قبل الخلاف في ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال النصب مذهب اهل البصرة والخفض مذهب اهل الكوفة ونظر فيه بانهما وجهان شائعان للعرب ليس احدهما ليتأتى الخلاف وحكى الرفع ايضا نحو الله لافعلن على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم اعرف المعارف فهو اولى بان يكون مبتدأ والتقدير الله قسمي اي قسمي الله لافعلن غير ان النصب اكثر في الاستعمال قوله في النصب لانتزاع الخافض خلاف اهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا ان يراد عند انتزاع الخافض اي بالفعل عنده واما الجر فلا شك انه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ في غير القسم كقوله اذا اقبل اي الناس شر قبيلة اشارت كليب بالاكف الاصابع اي الى كليب في قوله وكذلك اذا قيل لان الباء تبدل بها اي باللام قال تعالى آمنتم له آمنتم به والقصة واحدة اورد عليه انهما لا تبدل بها بمعنى ان توضع مكانها دالة على غيره مدلولها وفي الآيتين المعنى مختلف فان قوله تعالى آمنتم له اي صدقتموه وانقدتم اليه طاعة وامنتم به لا يفيد تلك الزيادة ولو سلم فكونهما وقعت جملة فعل خاص كذلك وهو امنتم لا يلزم في كل فعل يجاز كون معنى ذلك الفعل يتأتى معناهما فيه بخلافه في القسم ولا تستعمل اللام الا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس رض دخل آدم الجنة فلم يا غربت الشمس حتى خرج وكقولهم لله لا يؤخر الاجل فاستعمالها قسما مجردا عنه لا يصح في اللغة الا ان يتعارف كذلك وقوله في المختار احترازا عما عن ابي حنيفة رح انه اذا قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة للنذر ومحتمل معنى اليمين ولم يذكر في كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز لان لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلما كان الواقع لهم ما ليس هو فيه هذا ولا فرق في ثبوت اليمين بين ان يعرب المقسم به خطاء او صوابا او يسكنه خلافا لما في المحيط فيما اذا سكن من انه لا يكون يمينا الا بالنية لان معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع او الحمل معقود بما اريد منعه او فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ **قوله** قال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله

فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رض وعنه اي عن ابي يوسف رض رواية اخرى انه يكون يمينا اي ان اطلق لان الحق من صفات الله تعالى وقد يستدق في اسمائه الحسنى وقال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم وهو حقيقة اي كونه نعتا ثابت الذات موجود امكانه قال والحلف به متعارف فوجب كونه يمينا وهذا قول الائمة الثلاثة حتى قال احمد لا يقبل قوله اي نفي عدم اليمين لانه انصرف بعرف الاستعمال الى اليمين فانصرف الحق الى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء وصار كقدرة الله **قوله** ولهما انه اي حق الله يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كانه حقيقته حيث لا يتبادر سواه اذ يعلم انه لا يخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفته فلا يكون يمينا والمعدودة من الاسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بانه يمين بانه تقدم ان ما كان من صفات الله يعبر به عن غيره بما يعتبر فيه العرف وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته واذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فبحق الله كذلك للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره وقد بينا ان لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة بل ما هو من حقوقه فصار نظير

والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله
او استشهد الله او اشهد الله تعالى فنوى به الانشاء لا يكون هذا الكلام يمينا في الحكم هذه العبارة لان الحلف بهذه العبارة لانشاء حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فيجعل حالفا في
الحال وشاهدا في يمين قال الله تعالى والله يشهد انك لرسوله الله شرقال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع
بغير محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال الملاعبة والحلف بغير الله

وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة واما الاستدلال على انه يراد به الطاعات بقول السائل للنبي عليه الصلوة والسلام حق الله تعالى على العباد
فقال ان لا تشركوا به شيئا الى آخره كما وقع لبعض الشارحين وليس بشئ لان صلته بلفظ على العباد بين المراد بالحق انه غير وجوده وصفته الكلام
في لفظ حق غير مقرون بما يدل على احد القسمين بخصوصه فليس الوجه الا ما ذكرنا **قوله** ولو قال والحق يكون يمينا اى بالاجماع كذا ذكره غير واحد ويعزى
شارح بان الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى فماذا بعد الحق الا الضلال فلما جاءهم الحق من عندنا فكيف يكون يمينا بلا خلاف
لكن جوابه انه ان نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يمينا والا فلا انتهى فانت علمت انه اذا ثبت كونه اسما له تعالى لا يعتبر فيه النية وان اطلق على
غيره وانما ذلك القول المقابل للمختار واما على القول المفصل بين ان يريد به اليمين وان لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غير معهودا
الا بدليل وبه يندفع قول ابى الثناء ان نوى بالحق اليمين كان يمينا والا فلا ولا يلزم لبطلان قوله من حكى الاجماع من الشارحين لانه يريد
اجماع علمائنا الثلاثة فانه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين في انعقاد الاجماع ولو قال حقا بان قال حقا على ان اعطيك كذا ونحوه
لا يكون يمينا لان الحق من اسمائه تعالى فينعقد به اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعيد وما نقل عن الشيخ اسمعيل الزاهد والحسن بن
ابى مطيع انه يمين لانه لم يضفه الى الله تعالى فصار كالحق مردود بان المنكر ليس اسما لله تعالى ومن الاقوال الضعيفة ما قال البلخي ان قوله لحق
يمين لان الناس يحلفون به مضيفا لما علمت انه مثل حق الله بالاضافة وعلت المغايرة فيه انه ليس يمينا كذا الحق الله **قوله** ولو قال اقسم الخ اذا حلف بفعل القسم فاما
بلفظ الماضي او المضارع وكل منهما اما موصول باسم الله تعالى او بصفته او لا فاذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله او اقسمت او اشهدت
بالله لافعلن وكذا عزمت بالله لافعلن فهو يمين بلا خلاف واذا كان مضارعا مثل اقسم بالله او اعزم بالله الخ كذلك عندنا وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لاحتمال ان يريد به المستقبل وعدا
ووجه قولنا ان هذه الصيغة حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال على القدم في العتق للحال ولهذا لا ينصرف اليه الا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه الى حقيقته واما الاستشهاد بان في العمر
كذلك كقولهم اشهد ان لا اله الا الله ففيه نظر لان ذلك بدلالة الحال للعلم بان ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد اشهد بذلك عند
القاضي ليس فيه دليل على انه في نفسه كذلك عرفا فجاز ان يقال هي للمستقبل ويستعمل للحال بقرينة حالية او مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه
وان ذكره من غير ذكر اسم الله تعالى فيما مثل حلفت لافعلن او اقسم او اشهد او اعزم او حلفت فعندنا وهو رواية عن احمد يه هو يمين نوى او لم ينو وقال زفر ان نوى يكون يمينا وان
الا لا وقال الشافعي ليس بيمين نوى او لم ينو وهو رواية عن احمد وقال مالك اذا نوى في قوله اقسم بالله الخ يكون يمينا وان اطلق فلا وجه لقولهم ان
اقسم يحتمل ان يكون بالله او بغيره فلا يكون يمينا وكذا يحتمل العدة والانشاء للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل وانما يشهد لقول القائل ان نوى
كان يمينا والا فلا وجوابه ما ذكرناه من انه حقيقة في الحال فانصرف اليه من ان الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه الا
الى الحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد من النية لاحتمال العدة اى لاحتمال استعماله في المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى المعنى وغيره بذا
الخلاف صريحا في المذهب ومنهم من صرح بانه اذا لم يذكر المقسم به يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى او لم ينو يعني اذا نوى اليمين او لم ينو شيئا اما اذا نوى غيره فلا شك انه لا يكون
يمينا فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يكون حالفا ممن يستحق عليه اليمين شرعا فان اليمين على نية المستحلف لا الحالف ح وقد وقع في هذه المسئلة
خبط في موضعين احدهما في الحكم وهو توهم صاحب النهاية ان مجرد قول القائل اقسم او احلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث اورده
السوال القائل اليمين ما كان حاملا على شئ او تركه وعند فواته موجبا للكفارة على وجه الخلافة فقوله اقسم حنا ليس موجبا شيئا من البر بمجرد

ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداى يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال بالفارسية سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال رح

لانه لم يعقد يمينا على فعل شئ او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة ستر ذنب هتك حرمة الاسم وليس في اقسم مجردا هتك فكيف يوجب الكفارة ثم اجاب بان اقسم الحق بقوله على يمين فان ذلك موجب للكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها فقال لو قال على يمين او يمين الله فهو يمين وفي المنتقى لو قال على يمين لا كفارة لما تجب الكفارة وان نفى الكفارة صح لان قوله على يمين لما كان موجبا للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لما ثم قال وانما كان كذلك لان كلمة على للايجاب فلما كان كذلك كان هذا اقرارا عن موجب اليمين وموجبها البر ان امكن والا فالكفارة ولم يمكن تحقيق البر ههنا لانه لم يعقد يمينه على شئ فكان اقرارا عن الموجب الآخر وهو الكفارة وعلى وجه الخلافة وبالاقرار يجب الحنث فكذا الكفارة وكذا في قوله على نذر فيه كفارة يمين على ما يجئ بعد هذا فلما كان كذلك في قوله على يمين وعلى نذر كان في قوله اقسم عند قوان النية بالقسم كذا لان اصله الحال في استعمال الفقهاء ثم قال وحاصل ذلك ان قوله اقسم لما كان عبارة عن الاقرار بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك حرمة الاسم وقد شنع على هذا بان اليمين بذكر المقسم عليه وما ذكر في الذخيرة من ان قوله على يمين موجب للكفارة معناه اذا وجد ذكر المقسم عليه وتقدمت اليمين ولا شك في ذلك وانما ترك ذلك للعلم به فان المقصود الذي يحتمل ان يخفى هو ان قوله على يمين هل يجري مجرى قول القائل والله او لا فاما ان بمجرد ذكر ذلك يحتمل ان يجب الكفارة فلا خفاء فيه ليحتاج الى التنصيص عليه الا ترى الى قول محمد في الاصل وان حلف بالله او باسم من اسمائه او قال والله او بالله او على عهد الله او ميثاقه او هو يهودي او نصراني او بريء من الاسلام او قال اشهد او اشهد بالله او احلف او احلف بالله او اقسم او اقسم بالله او على نذر او نذر الله او اعزم او اعزم بالله او على يمين او يمين الله او ما افاد معنى ذلك فحنثه كله ايمان واذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة وقد ذكر منها هو يهودي او نصراني وان يقول والله وبالله وتالله وحكم على كل منها انه يمين ولم يلزم من ذلك ان بمجرد قوله والله او قوله هو يهودي تلزمه الكفارة بل صرح باشتراط الحنث في كل منها للزوم الكفارة كما سمعت قوله واذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت الكفارة ولان في الظاهر ان مجرد الاقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة الا ان كان في القضاء لانه يؤاخذ باقراره وليس الكلام في ان يقول اقسمت عند القاضي بل لو اقر به كان سبيله ان يفتيه بقوله ان كنت صادقا فعليك الكفارة فانما الكلام في الحنث في اليمين وهو انشاء والحق ان قوله على يمين اذا لم يرد عليه على وجه الانشاء لا الاخبار يوجب الكفارة بناء على انه التزام الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما ياتي في قوله على نذر اذا لم يرد عليه فانه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغا بخلاف احلف واشهد ونحوهما ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على ان مجرد قوله احلف واقسم يمين بقوله تعالى لا يحلفون لكم ترضوا عنهم وقوله تعالى اذا اقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يخفى على احد ان قوله اقسموا اخبار عن وجود قسم منهم وهو لا يستلزم ان ذلك القسم كان قولهم نقسم ليصرمنها فانهم لو قالوا والله ليصرمنها مصبحين صح ان يقال في الاخبار عنهم اقسموا ليصرمنها ومثله في يحلفون لكم لترضوا عنهم لا يلزم كون حلفهم كان بلفظ الحلف اصلا فضلا عن الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى وانما استدل لذلك بحديث الذي اى رويا فقصها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابو بكر ائذن لي فلاعبرها فاذن له فعبرها ثم قال اصبت يا رسول الله فقال اصبت واخطأت فقال اقسمت يا رسول الله لتخبرني فقال لا تقسم رواه احمد وهو في الصحيحين بلفظ آخر **قوله** ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداى يكون يمينا لانه للحال لان معناه احلف الآن بالله ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا لانه مستقبل ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم يعني حلف

وكذا قوله لعمر الله وايم الله كان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهي جمع يمين وقيل معناه والله وايمن صلة كالواو وتحلف بالقطعين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد

بطلاق زوجتي لا يكون يمينا لعدم التعارف في الطلاق كذلك **قوله** وكذا قوله لعمر الله وايم الله يعني يكون حالفا كما هو حالف في قسم بالله واخواته لان عمر الله بقاؤه وفيه ضم العين وفتحها الا انه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق المفتوحة الواو في الخط بخلاف عمرو العلم فانها الحقت للفرق بينه وبين عمرو البقاء من صفة الذات على ما مر من قاعدته وهو ان يوصف به لا بضده وكانه قال وبقاء الله كقدرة الله وكبريائه واذا ادخل عليه اللام رفع على الابتداء او حذف الخبر اى لعمر الله قسمي وان لم يدخل اللام نصب نصب المصادر فيقول عمر الله ما فعلت ويكون على حسب حرف القسم كما في الله لافعلن واما قولهم لعمرك الله ما فعلت فمعناه ما قرارك له بالبقاء وينبغي ان لا ينعقد يمينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده واما ايم الله فمعناه ايمن الله وهو جمع يمين على قول الاكثر فخفف بالحذف حتى صار ايم الله ثم خفف ايضا فقيل غم الله لافعلن كذا فيكون ميما واحدة لهذا نفى سيبويه ان يكون جمعا لان الجمع لا يبقى على حرف واحد ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهمزة ايمن بالقطع وانما وصلت في الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرئ من الاسماء الساكنة الاوائل وانما كان كل منهما يمينا لان الحلف بهما متعارف قال تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون وقال عمر في حديث امارة اسامة بن زيد حين طعن بعض الناس في امارته ان كنتم تطعنون في امارته فقد كنتم تطعنون في امارة ابيه من قبل ايم الله ان كان خليقا بالامارة الحديث في البخاري

قوله وكذا قوله وعهد الله وميثاقه يمين اذا اطلق عندنا وكذا عند مالك واحمد عند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لان العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يمينا بغير نية وقوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان لا يفيد ان العهد يمين بجواز كونهما شيئين الامر بالايفاء بالعهد والنهي عن نقض الايمان المؤكدة باى معنى فرض النقض فاستدلال المكمل به على انهما يمين لا يتم وهذا لان ايجاب الوفاء بالعهد لا يستلزم ايجاب الكفارة باخلاف ما عقد عليه الا وتثبت في مكان آخر في الشرع انه كذلك قلنا ان اهل التفسير لما جعلوا المراد بالايمان هي المعهود المتقدم ذكرها وهو في ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع اياها يمينا وان لم يكن حلفا بصفة الله تعالى كما حكم بان اشهد يمينا وان لم يكن فيه ذلك وايضا غلب الاستعمال لها في معنى اليمين فيصرفان اليه فلا يصرفهما عنه الا نية عدمه فالحالات ثلاثة اذا نوى اليمين او لم ينو يمينا ولا غيره فهو يمين وان قصد غير اليمين فليس بيمين فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الذمة والامانة كان يقول وذمة الله او امانة الله لافعلن واستدل على كونها يمينا بانه عليه السلام اذا بعث جيشا يقول اذا حاصرتم اهل مصر او مدينة فاراد وكم وعلى ان تنطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تنطوهم فدل على انها يمين ولا يخفى انه لا يستلزم ذلك والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى الذمي معاهدا والامانة على هذا الخلاف فعندنا ومالك واحمد هو يمين وعند الشافعي بالنية لانها فسرت بالعبادات قلنا غلب ارادة اليمين اذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة واعلم ان في سنن ابي داود من حديث بريدة عنه عليه السلام من حلف بالامانة فليس منا فقد يقال انه يقتضي عدم كونه يمينا والوجه انه يقتضي منع الحالف به ولا يستلزم ذلك انه لا يقتضي الكفارة عند الحنث والله اعلم ولو قال على عهد الله وامانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك واحمد وهو مثل ذمة الله كفارة واحدة وحكى عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لان كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا اذا كرر الواو كما لو قال والله والرحمن والرحيم الا في رواية الحسن عن ابي حنيفة وعند الشافعي اذا قصد وكل لفظ يمينا تعددت الايمان والا يكون الكل يمينا بخلاف

ولما اذا قال جعل نذرا ونذرا لله لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره فيجعله يمينا كما لو قال في شرب الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين فان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل

للتوكيد فتجب كفارة واحدة قلنا الواو للعطف وهو موجب للمغايرة **قوله** وكذا اذا قال على نذر او على نذر الله يعني يكون يمينا اذا ذكر المحلوف عليه بان قال على نذر الله لافعلن كذا او لا افعل كذا حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج او صوم فان كان نوى بقوله علي نذر ان فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة قال الحاكم وان حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج او عمرة فعليه ما نوى فان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ولا شك ان قوله عم من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين رواه ابو داود من حديث ابن عباس رضي وهو يوجب فيه الكفارة مطلقا الا انه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لانها مسماة بالكلام النفسي فانه ينصرف الحديث الى ما لا نية معه من لفظ النذر فاما اذا قال علي نذرا ونذر الله ولم ينو على ذلك فهذا لم يجعله يمينا لان اليمين انما تتحقق بمحلوف عليه فالحكم فيه ان تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فاما اذا ذكر صيغة النذر بان يقول لله علي كذا صلوة ركعتين مثلا او صوم يوم مطلقا عن الشرط او معلقا به او ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله علي نذر صوم يوم ين معلقا او منجزا فياتي في فصل الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا فاذا فعله لزمته كفارة يمين قياسا على تحريم المباح فانه يمين بالنص وذلك انه عم حرم ماريته على نفسه فانزل الله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ووجه الالحاق انه لما جعل الشرط فهو فعل كذا علما على كفره ومعتقده حرمته كفره فقد اعتقده اي الشرط واجب الامتناع فكانه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار ونحو قال دخول الدار مثلا علي حرام كان يمينا فكان تعليقا للكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرفت هذا فلو قال ذلك لشيء قد فعله كان ان قال ان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم انه قد فعله فهو يمين الغموس لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر حتى يكون التوبة اللازمة عملية التوبة من الكفر وتجديد الاسلام قيل لا وقيل نعم لانه تنجيز معنى لانه لما علقه بامر كائن فكانه قال ابتداء هو كافر والصحيح انه ان كان يعلم انه يمين فيه الكفارة اذا لم يكن عموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل الذي علق عليه كفره وهو يعتقد انه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه عم انه قال من حلف على يمين بملة غير الاسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال فهذا يتر اي اعم من ان يعتقده يمينا او كفرا والظاهر انه اخرج فخرج الغالب فان الغالب ممن يحلف بمثل هذه الايمان ان يكون من اهل الجهل لا من اهل العلم والخبر وهؤلاء لا يعرفون اللازم الكفر على تقدير الحنث فان تم هذا والا فالحديث شامل لمن اطلق القول بكفره **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله او سخطه فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يعلق بالشرط اي لا يلزم سببية الشرط غاية الامر ان يكون نفس الدعاء متعلقا بالشرط فكان عند الشرط دعاء على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعو به ذلك متعلق باستجابة دعائه ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فهو زان او فاسق او سارق او شارب خمر او اكل ربا لا يكون يمينا اما اولا فلان معنى اليمين ان يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا او سارقا لانه لا يصير كذلك الا بفعل مستانف يدخل في الوجود وجود هذا الفعل وجودا لا يلبس المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر او اعتقاد

ولو قال ان فعلت كذا فعلي نحر ابني او سحط الله فليس بحالف لانه دعا على نفسه ولا يتعلق فوات بالشرط ولانه غير متعارف كذا لو قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر اذا كل هذه الاشياء تحتمل التغير والتبديل فلم يكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

والرضا بتحقيق سبب شرة الشرط فيوجب عنده الكفر ولا قول طائفة من العلماء بالكفارة واما ثانيا فلان حرمة هذه الاشياء تحتمل السقوط وهو المراد بقوله يحتمل النسخ والتبديل اما الخمر فظاهر واما السرقة فعند الاضطرار الى اكل مال الغير وكذا اذا اكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا يحتمل السقوط فلم يكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة الاسم وبهذا تبين ظهر ان كون الحرمة تحتمل الارتفاع او لا تحتمله اما الثاني فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو يمين مع ان ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع فان لم يرجع اليه لا يكون يمينا فلا معنى لزيادة كلام لا دخل له ولانه ليس بمتعارف ان يقال ان فعلت كذا فانا زان فلا يكون يمينا **فروع** في تعدد اليمين وحدتها وغير ذلك اذا عدد ما يحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ او عدم اختلافه فهو يمين واحد كان يقول والله الرحمن الرحيم او يقول والله الله الا ان تعليل هذا بانه جعل الثاني نعتا للاول مأول وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله او هو بري من الله ورسوله وان كان بواو وهو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تتعدد بها وكذا بواوين مع اتحاد نحو والله والله ففي فرع انه لو قال والله ووالله والرحمن انها ثلاثة ايمان او هو بري من الله وبري من رسوله فيمينان حتى لو قال هو بري من الله وبري من رسوله والله ورسوله منه بريئان ان فعل فهي اربعة ايمان فيلزمه بفعل ما سماه اربع كفارات هذا كله ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان عليه في المختلفة كفارة واحدة لان الواو الكائنة بين الاسماء للقسم لا للعطف وبه اخذ مشايخ سمرقند واكثر المشايخ على ظاهر الرواية فلو قال بواوين كوالله والرحمن فكفارتان في قولهم وروى ابن سماعة عن محمد في غير المختلفة مطلقا نحو والله والله او والله الله كفارة واحدة هذا قبل ذكر الجواب اما لو قال والله لا افعل كذا ثم اعاده بعينه فكفارتان وكذا لو قال لامرأته والله لا اقربك ثم قال والله لا اقربك فقربها مرة لزمته كفارتان روى ذلك عن ابي يوسف وسواء كان ذلك في مجلس او مجالس وروى الحسن انه ان نوى بالثاني الخبر عن الاول صدق ديانة وهي عبارة عن تساهل فيها وانما المراد ان يريد بالثاني تكرار الاول وتاكيده واختار هذا الامام ابو بكر محمد بن الفضل قال فان نوى به المبالغة او لم ينو شيئا يلزمه كفارتان وقد مر في الايلاء وفي التجريد عن ابي حنيفة اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله ولو حلف بحجة او عمرة تستقيم وهذا يخالف ما روى الحسن وفي الخلاصة عن نسخة الامام السرخسي في ايمان الاصل اذا حلف على امر ان لا يفعله ثم حلف في ذلك المجلس او في مجلس آخر ان لا يفعله ابدا ثم فعله ان نوى يمينا مبتدأ فهو للتشديد ولم ينو فعليه كفارة يمينين اما اذا نوى بالثاني الاول فعليه كفارة واحدة وقد منا في الايلاء لو قال والله لا اكلم فلانا يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاث كفارات لانه انعقد على تلك الساعة ثلثا يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة فعليه اذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات وان كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لان يمين اليوم انحلت قبله فبقي على ذلك اليوم يمينان وان كلمه بعد شهر فكفارة واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شيء عليه فعرف في الطلاق انه لو قال ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق فدخلت وقع عليها ثلاث تطليقات وما في الاصل من انه اذا قال هو يهودي هو نصراني ان فعلت كذا فهو يمين واحدة ولو قال هو يهودي ان فعل ذلك هو نصراني ان فعل كذا فيمينان يفيدان في مثله تعدد اليمين منوط بتكرير المحلوف عليه مع تكرار الالتزام بالكفر ولو قال بري من الكتب الاربعة فهو يمين واحدة وكذا لو قال هو بري من التوراة والزبور والانجيل والفرقان يكون يمينا واحدة ولو قال هو بري من التوراة وبري من الانجيل

فصل في الكفارة **قال** كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وان شاء كساعشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة ان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة

وبرى من الذبول ويرى من الغبرة فان فهو اربعة ايمان ولو قال هو شريك اليهودي هو كقوله يهودي ولو قال برى من هذه الثلثين يوما يعني شهر رمضان ان اراد عن مستقبلها يكون يمينا او عن اجرها او لم تنو شيئا لا يكون يمينا والاحتياط هو يمين ولو قال من الصلوة التي صليتها حنث لانه شيء بخلاف قوله من القرآن الذي تعلمت واختلف في برى من الشفاعة في مجموع النوازل الصحيح انه ليس بيمين ولو قال دخلت الدار امس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروى بشر عن ابي يوسف قال لآخر ان كلمت فلانا فعبدي حر فقال نعم الا باذنك فهذا ان كلم بغير اذنه يحنث ولو قال رجل لآخر والله لتفعلن كذا او والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم فان اراد المبتدي الحلف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة ان لم يفعل المجيب لان قوله نعم جواب وهو يستدعي اعادة ما في السؤال فكانه قال نعم والله لافعلن كذا وان نوى المبتدي الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف وان لم ينو كل منهما شيئا فالحالف هو المجيب في قوله والله وفي قوله والله بالواو الحالف هو المبتدي وان اراد المبتدي الاستحلاف فاراد المجيب ان لا يكون عليه يمين وان يكون قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما ولو قال بالله فهو كقوله والله في جميع ذلك قال لمديونه ان لم تقض ديني غدا فامرأتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل قل لعم فقال نعم واراد جوابه يلزمه اليمين ثانيا فتطلق ثنتين وان دخل بينهما انقطاع في الفتاوى وفي مجموع النوازل قال الآخر والله لاجيء الى ضيافتك فقال الآخر ولا يجيء الى ضيافتي قال نعم يصير حالفا ثانيا

فصل في الكفارة الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافرا قال في ليلة كفر النجوم غمامها وتكفر ثوبه اشتمل به واضافتها الى اليمين في قولنا كفارة اليمين اضافة الى الشرط مجازا وعند الشافعي اضافته الى السبب فاليمين هي السبب وسيذكر المصنف المسئلة **قوله** كفارة باليمين عتق رقبة اي اعتاقها لان العتق فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى الكفارة لا يجوز ويجوز فيها ما يجزئ في الظهار لتقدم الجزئي في الظهار من انها مسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغيرة ولا يجزئ فاقد جنس المنفعة بخلاف غير فتجزئ العوراء لا العمياء ومقطوع احدى اليدين او احدى الرجلين من خلاف لا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوعة اليدين والرجلين وفي الاصم اختلاف الرواية والاصح انه اذا كان بحيث اذا صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق ومن يفيق يوما ويجن يوما يجوز ولا المدبر وام الولد لانهما استحقا الحرية بنقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز بخلاف الذي ادى بعض شيء لانه كالمعتق بعوض **قوله** وان شاء كساعشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد يعني ان كسا ثوبين او ثلاثة فهو افضل وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من بر وصاع من تمر وشعير ذكره الكرخي باسناده الى عمر رض قال صاع من تمر او شعير ونصفه من بر باسناده الى علي رض قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده الى الحسن رض قال يغديهم ويعشيهم وباسناده الى مجاهد قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين وهو غداؤهم وعشاؤهم وفيهم خطيم او فوقه قريبا لم يجز عن الطعام مسكين ويجوز ان يغديهم ويعشيهم بخبز ان كان برا لاشتراط الادام وان كان غيره فبالادام ويجوز في الاطعام كل من التمليك والاباحة وتقدم والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم وكسوتهم او تحرير رقبة وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة للعبد الخيار في تعيين ايها شاء وتعيين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة في الاصول

قال وان لم يجد وصل احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رح يخير كاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور رض المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد وعن ابي يوسف وابي حنيفة رح ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو التحقيق لان لابسه يسمى عريانا في العرف

ودخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة والاطعام المعسر فلا يكون كفارة يمينه الا بالصوم ولو اعتق عنه مولاه او اطعم او كسا لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى ولو صام العبد فعتق قبل ان يفرغ او بعد ما فرغ فاصاب مالا وجب عليه استيناف الكفارة بالمال قوله فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة من الاعتاق والكسوة والاطعام كان عليه صوم ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي يتخير بين التتابع والتفريق لاطلاق النص وهو قول مالك رح في قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب احمد ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلاثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور كشهرتها على ما قبل الى زمن ابي حنيفة رح والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به فان قيل الشافعي كان اولى بذلك منكم لانه يحمل المطلق على المقيدين كما في حادثتين وانتم تحملونه في حادثة فجرتم على موجب ذلك في هذا وتركتموه في صدقة الفطر في قوله او دوا عن كل حر وعبد وقوله او دوا عن كل حر وعبد من المسلمين اجيب عنا بانا انما نحمل في الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل ان يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد زائد على المطلق وتقييد اطلاقه للتنافي بينهما فان الاول يقتضي ان لا يجوز الا بقيد التتابع ولا تجزي التفريق والثاني يقتضي جوازه مفرقا كجوازه متتابعا واذا وجب القدر الاول لزم انتفاء الثاني فلزم الحمل ضرورة وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر لورود النصين المطلق والمقيد للاسباب ولا منافاة في الاسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا وهذا الكلام يحتاج الى تحقيق وتحقيقه ان الحمل انما يجب للضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما الا لو قلنا بمفهوم المخالفة فانه حينئذ يكون الحاصل من المطلق ان ملك العبد سبب لوجوب الاداء عنه مسلما كان او كافرا والحاصل من المقيد ان ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا بالفرض ودلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم فاذا فرض تقديم المفهوم على الاطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ولزم ان المراد ان المسلم فقط هو السبب وهو الحمل ضرورة لكنها لم تقع بهذا فبقي مقتضى المطلق بلا معارض وهو ان المسلم وغيره سبب واجابوا عما لزم الشافعي رح بان هذه الكفارة يجاذبها اصلان في التتابع وعدمه فحمل المطلق على المقيد بالتتابع في كفارة القتل يوجب التتابع وحمله على صوم المتعة بناء على انه عنده دم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعن اطلاق نص الكفارة

قوله ثم المذكور في الكسوة في الكتاب اي المبسوط والمختصر القدوري في بيان ادنى الكسوة المستقطة للواجب من انه ما يجوز فيه الصلوة روي عن محمد رح فيجزيه وفع السراويل عنه تقييده بالرجل فان اعطى السراويل بامرأة لا يجوز لانه لا يصح صلوتها فيه وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح ان ادناه ما يستر عامة بدنه ولا يجوز السراويل على هذا وهو الصحيح لان لابس السراويل يسمى عريانا فعلى هذا الابدان يعتبر تمييزها او جبة او درعا او قباء او ازارا ساترا بحيث يتوشح به عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والاقنعة كالسراويل ولا يجزي العمامة الا انه ان امكن ان تتخذ منها ثوب تجزي مما ذكرنا جاز واما القلنسوة فلا تجزي بحال وان كان قد روي عن عمران بن الحصين انه سئل عن ذلك فقال اذا قدم وحد على الامير فاعطاهم قلنسوة قيل قد كساهم فلا عمل على هذا وعن ابن عمر رض لا يجزي اقل من ثلاثة اثواب قميص وازار ومئزر ورواه عن ابي موسى الاشعري ثوبان قال الطحاوي وهذا كله اذا دفع الى الرجل اما اذا دفع الى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لان صلوتها لا تصح دونه وهذا يشابه الرواية التي عن محمد في دفع السراويل انه للمرأة لا يكفي وهذا كله خلاف ظاهر الثوب وانما ظاهر الثوب ما ثبت به اسم المكتسي ويقتضي عند اسم العريان على ما بينا عدم اجزاء السراويل لاصحة الصلوة وعدمها فانه لا دخل له في الامر بالكسوة اذ ليس معناه الا جعل الفقير مكتسيا علما ان ذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا ساترا وازارا يخطي باسماء واذيالها دون عنقها لا شك في ثبوت اسم المكتسية لها وان كان مع هذا الاقنع صلوتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلوة او لا ثم اعتبار الفقير والمغني عندنا عند ارادة التكفير وعند الشافعي عند الحنث فلو كان موسرا عند الحنث ثم اعسر عند التكفير اجزاه الصوم عندنا وبعكسه لا يجزيه وعند الشافعي رح

لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليـــــمين فاشبه التكفير بعد الجرح

على التعقيب قلنا سر على الحد فان المعتبر وقت الوجوب للتخفيف بالرق وقلنا الصوم خلف عن المال كالتيمم فانما يعتبر فيه وقت الاداء اما احد العبد فليس ببدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه **قوله** لكن لا يجزيه يعني لو اعطى التمر ثوبا لا يجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة لطريق الكسوة مثل السراويل على المختار او نصف ثوب يجزي وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير اجزاه عن الطعام فقير من الكفارة وكذا اذا اعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لا يكفي كل واحد حصته منه الكسوة وتبلغ حصته كل منهم قيمة ما ذكرنا اجزاه عن الكفارة بالاطعام ثم ظاهر المذهب لانه لا يشترط للاجزاء عن الاطعام وعن ابي يوسف لا يجزيه الا ان ينويه عن الاطعام وعند زفر لا يجزيه نوى او لم ينو واعترض بقوله عم وانما لكل امرئ ما نوى فاذا لم ينو عن الاطعام لا يقع عنه ولانه تعيين احد المكفر بين خصال ثلث فاذا اختار احدها صار كانه هو الواجب ابتداء ويتحتم الآخران والجواب انه ان اراد انه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول وقوله عم وانما لكل امرئ ما نوى دليله فلا ينصرف المنوي طعاما او كسوة الى كونه كفارة الا بنية وان اراد انه لا بد ان ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلا ممنوع فان الواجب التكفير باحد الاشياء التي كل منها متعلق الوجوب وهو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب فاذا دفع احدها ناويا الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصلح اطعاما او غيره مما هو احد الثلاثة ولو توقف للسقوط على ان ينوي دفع احدها انه عن الآخر اذا لم يكف لنفسه لزم ان ينوي كل خصلة في نفسها فيجب ان ينوي في الاطعام انه اطعام وفي دفع الثوب انه كسوة ولا حاجة الى ذلك بل المحتاج اليه نية الامتثال بالفعل اذا كان مما يصلح للاسقاط بوجه وقد نوى الاسقاط فاقتضى ابراء الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختارا للكسوة اذا وضح ما لا يستقيم كسوة ممنوع وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا اعطى نصف صاع تمر في صدقة الفطر قيمة نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق القيمة واجيب بان جنس الكفارة في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي ولا يدفع احدهما عن الآخر كالقح عن الشعير بخلاف الكسوة مع الاطعام فانهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجاز جعل احدهما عن الآخر وانما نظر المورد من صدقة الفطر لورود نص ابدال قيمة ثوب كبير يجزي عن الكسوة ينبغي ان لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام **قوله** وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال دون الصوم لانه ادى بعد السبب وهو اليمين وانما كان السبب للكفارة هو اليمين لانه اضيف اليه الكفارة في النص بقوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم ولان اهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكمة تيسيرا او متعلقه كما قيل فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب واذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه حينئذ شرط التقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز في الزكوة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب كما في تقديم التكفير بعد الجرح على الموت بالسراية ومقتضى هذا ان لا يفترق المال والصوم وهو قوله القديم وفي الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تتقدم على الوقت يعني ان تقديم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا في المالية كالزكوة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان او لا وهو ظاهر الاحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سنذكره لنا ان الكفارة لستر الجناية من الكفر وهو الستر قال القائل في ليلة كفر النجوم غمامها وهو سمي الزراع كافر الانه يستر البذر في الارض والجناية قبل الحنث لانها منوطة به لا باليمين لانه ذكر الله على وجه التعظيم ولذا اعتدم النبي والصحابة على الايمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس بواقعا اذ قد يكون خيرا وانما

ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسقط من المسكين لو قوته صدقته

اخرج المعنى الكلام مخرج الظاهر المتبادر من احلاف المحلوف عليه والحاصل انها بسبب الحنث سواء كان به معصية اذ لا والمدار توفيرا يجب لاسم الله عليه وهذا يفيد ان السبب الحنث واليمين ليست بسبب لان اقل ما في السبب ان يكون مفضيا الى المسبب واليمين ليس كذلك لانه مانع من عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا اليه نعم قد يتفق تحققه اتفاقا لا عن اليمين للعلم بان نفس اكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح لانه مفض الى التلف فلزم ان الاضافة المذكورة اضافة الشرط فان الاضافة الى الشرط جائزة ونابته في الشرع كما في كفارة الاحرام وصدقة الفطر على انه لو سلم ان اليمين سبب فلا شك في ان الحنث شرط الوجوب للقطع بان الكفارة لا تجب قبله ولا وجب بمجرد اليمين والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه في الزكوة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به فان قيل قد ورد السمع به في قوله عم فليكفر عن يمينه ثم ليات بالذي هو خير قلنا المعروف في الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وايت الذي هو خير وفي مسلم من حديث ابي هريرة عنه عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير وحديث البخاري بالواو ليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم الا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة في ابي داود قال فيه فكفر عن يمينك ثم ايت الذي هو خير وهذه الرواية مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى اللفظ على الكثير ومن ذلك حديث عائشة رضي الله عنها في المستدرك كان عم اذا حلف لا يحنث حتى انزل الله كفارة اليمين فقال لا احلف الى ان قال الا كفرت عن يميني ثم ايت الذي هو خير وهذا في البخاري عن عائشة رضي الله عنها ان ابا بكر كان الى آخرها في المستدرك وفيه العطف بالواو وهو اولى بالاعتبار وقد شذت لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الاكثر يعني من سواه ممن هو اولى منه بالحفظ والاتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء بجملة المذكور كما في دخل السوق فاشترى لحما وفاكهة فان المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الامرين وهكذا قلنا في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الآية وهذا لان الواو لما لم يقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تعقيبه للحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون المعقب الامرين ثم وردت روايات بعكسه منها ما في صحيح مسلم من حديث عدي بن حاتم عنه عم من حلف على يمين فرأى خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه ومنها ما رواه الامام احمد عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال قال عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقال النسائي اخبرنا احمد بن منصور عن سفيان ثنا ابو غسان عن عمه ابي الاحوص عن ابيه قال قلت يا رسول الله اريت ابن عم لي اتيته اسأله فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج الي فيأتيني ويسألني وقد حلفت ان لا اعطيه ولا اصله فاري ان اتي الذي هو خير واكفر عن يميني ورواه ابن ماجة بنحوه ثم لو فرض صحة رواية ثم كان من تغيير الروايات اذا ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرها من كتب الحديث بالواو ولو سلم فالواجب قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه فتحمل ثم على الواو التي امتلأت كتب

قال ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم ابا واذ لنصلن فلانا لينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة

الحديث منها دون ثم واما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف اصلا اعني قوله من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا ان المطلوب لم يتوقف عليه كذلك هذا ولفظ اليمين في قوله عم من حلف على يمين مجاز من اطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لان اليمين اسم لمجموع المقسم والمقسم عليه وهو المراد قوله ثم لا يسترد من الفقير يعني اذا دفع الى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزيه فليس له ان يسترد منه لانه تمليك لله تقصد به القربة مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له ان ينقضه ويبطله قوله ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم ابا او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث اي يجب عليه ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد ذكرناه آنفا ولان فيما قلناه من تحنيث نفسه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة وثبوت جابر الشيء كثبوت نفسه فكان المتحقق البر والا جابر للمعصية في ضده اي في ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو ان يبر في يمينه بفعل المعصية فانه ح بتقرير المعصية دون جابرها بجبر ما واعلم ان الحلف على انواع فعل معصية او ترك فرض فالحنث واجب وشيء غيره اولى منه كالحلف على ترك وطي زوجته شهرا ونحوه فان الحنث افضل لان الرفق يمن وكذا الحالف ليضربن عبده وهو يستاهل ذلك او ليشكون مديونه ان لم يوافه غدا الان العفو افضل وكذا تيسير المطالبة او على شيء وضده مثله كالحلف لا ياكل هذا الرغيف او لا يلبسن هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين اولى ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم على ما هو المختار في تاويلها انه البر فيما امكن قوله واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه اي لا كفارة عليه فالمراد حكم الحنث المعهود وكذا اذا حلف مسلما ثم ارتد ثم اسلم فحنث لا يلزمه شيء وعلى هذا الخلاف اذا قدر الكافر ما هو قربة من صدقة او صوم لا يلزمه شيء عندنا بعد الاسلام ولا قبله وبقولنا في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي واحمد يلزمه الكفارة بالمال لانه اهل لايجابه دون الصوم لانه عبادة وليس اهلا لها وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه الصوم اجيب بان الخصال فكذا هذا لما تعذر منه الصوم تعين ما سواه وايضا هو اهل للبر فانه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن اخلافه ما عقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوي ويدخل في المال العتق فانه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجرد اسقاط المالية ثم يثبت في هذا سمع وهو ما في الصحيحين ان عمر بن الخطاب قال يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام وفي رواية يوما فقال اوف بنذرك وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله عم تبرئكم يهود بخمسين يمينا ولنا قوله تعالى انهم لا ايمان لهم واما قوله تعالى بعد نكثوا ايمانهم فمعناه صور الايمان التي اظهروها والحاصل لزوم تاويل اما في ايمان لهم كما قال الشافعي ان المراد لا ايمان لهم بها او في نكثوا ايمانهم على قول ابي حنيفة ان المراد ما هو صور الايمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه وهو انا نعلم ان من كان اهلا لليمين يكون اهلا للكفارة وليس الكافر اهلا لها لانها انما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من اثم الحنث ان كان او ما وقع من الخلاف ما وقع عليه اسم الله تعالى تعظيما واجبه وليس الكافر اهلا لفعل العبادة وقولهم ايجاب المال والعتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشيء لان ذلك في ايجاب المال والعتق من حيث هو ايجابها فالكلام في ايجابهما كفارة وايجابهما كفارة لا يقبل الفصل كما ذكرنا اذ لو قبل لم يكن كفارة لان ما شرع لصفة لا يثبت شرعا

ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه فهو كما حرم فتحرم ما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم
الحلال قليل المشروع ولا يعتقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة
تغيرة باثبات موجب اليمين فيصار اليه فمهما اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة
وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه

الامتناك الصفة والافهو شئ آخر واما تحليف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم عبد تكم يهود بخمسين يمينا فالراد كما قلنا مصورا الايمان
فان المقصود منها رجاء النكول والكاذب وان لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه وهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين
بكاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع الزامه بصورتها لهذه الفائدة وما في الهداية من انه مع الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح الا ان
يريد تعظيما يقبل منه ويجازى عليه واما قوله عم او قد يندرك فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به كالاجاج وهم
يوكونه انه امره ان يفعل قربة مستانفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر دعا الى هذا العلم من الشرع ان الكافر ليس اهل القربة
من القرب فليس اهلا لالتزامها الا يرى انه لو فعلها لم تصح منه وتصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم لا اضعاف العذاب وقول الطحاوي
انه ليس متقربا الى الله تعالى بل الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي
اشرك به فيه قصور عن محل النزاع **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه كهذا الثوب على حرام او هذا الطعام او هذه الجارية او الدابة لم يصر محرما
وعليه ان استباحه كفارة يمين وليس بملكه شرطا للزوم حكم اليمين فانه جار في نحو كلام زيد على حرام ولو اراد بلفظ شيئا ما هو اعم من الفعل دخل
نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على حرام الطعام لا يملكه لان حرام عليه التصرف فيه مع انه يصير به حالفا حتى لو اكله حلالا او حراما لزمته كفارة
والحاصل ان حرمته لا تمنع تحريمه حلفا الا يرى الى قولهم لو حرم الخمر على نفسه تقال الخمر على حرام ان المختار الفتوى انه ان اراد به التحريم
يعني الانشاء تجب الكفارة اذا شربها كانه حلف لا شرب الخمر وان اراد الاخبار انه لم يرد شيئا لا تجب الكفارة لانه امكن تصحيحه اخبارا
والمنقول فيه خلاف بين ابي يوسف وابي حنيفة عند احدهما يحنث مطلقا وعند الآخر لا يحنث من غير نظر الى نيته ولو قال الخمر على
حرام فليس بيمين الا ان يقول ان اكله وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه اعلم ان الظاهر من تحريم هذه الاعيان انصراف اليمين الى الفعل
المقصود منها كما في تحريم الشيخ لما في نحو حرمت عليكم امهاتكم وحرمت الخمر والخنزير فانه ينصرف الى النكاح والشرب والاكل وكذا قال في
الخلاصة لو قال هذا الثوب على حرام فلبسه حنث الا ان ينوي غيره وان قال ان اكلت هذا الطعام فهو حرام فاكله لا يحنث وذكر في المنتقى لو
قال كل طعام اكله في منزلك فهو علي حرام ففي القياس لا يحنث اذا اكله بهذا روى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله وفي الاستحسان يحنث
والناس يريدون بهذا ان اكله حرام انتهى وعلى هذا فتجب في التي قبلها وهي قوله ان اكلت هذا الخنزير فهو علي حرام ان يحنث اذا اكله وكذا ما ذكر
في الحيل ان اكلت طعاما عندك ابدا فهو حرام فاكله لم يحنث ينبغي ان يكون جواب القياس ولو قال لقوم كلامهم علي حرام ايهم كلم منهم حنث وفي
مجموع النوازل وكذا كلام فلان وفلان علي حرام يحنث بكلام احدهما وكذا كلام اهل بغداد وكذا اكل هذا الرغيف علي حرام يحنث باكل لقمة بخلاف
ما لو قال والله لا اكلم لا يحنث حتى يكلمهم وفي الخلاصة لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة وفي فتاوى قاضي خان قال مشايخنا
الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض وان قالت لزوجها
انت علي حرام او حرمتك يكون يمينا ولو جامعها طائعة او مكرهة يحنث بخلاف ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فادخل لا يحنث ولو قال الدراهم
في يده هذه الدراهم علي حرام ان اشتري بها حنث وان تصدق بها او وهبها لم يحنث بحكم العرف **قوله** وقال الشافعي لا كفارة عليه يعني
الا في الحجارى في المسألة وبه قال مالك لان تحريم الحلال قليل المشروع فلا يعتقد به تصرف مشروع وهو اليمين الا ان الشرع ورد به

ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما في ع لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح وجه الاستحسان ان المقصود هو البر لا يتحمل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم وانما نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشائخنا رح قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال برئ حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بروست راست گيرم برروي حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف

في البخاري والنسائي في معنا فيقتصر على مورده والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فبين سبحانه انه لم حرم شيئا مما هو حلال وان فرض له تحلة فخبر عن ذلك بقوله تحلة ايمانكم وعلم انه سبحانه جعل تحريم ما احل الله له يمينا فيها الكفارة غير منعقد لان الكلام الآن في تخصيصه بمورده او تعميمه اجيب بان العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ما احل الله لك وقد يدفع بان المراد به خصوص ما وقع تحريمه اي لم حرمت ما كان حلالا لك ولذا قال تبتغي مرضات ازواجك في انتفاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل بعضها يسير بل الجواب انه كما ورد انها انزلت في تحريم مارية ورد انها نزلت في تحريم العسل في الصحيحين عن عائشة رض كان عليه الصلوة والسلام يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت انا وحفصة ان ايتنا دخل عليها فلتقل اني اجد منك ريح مغافير فدخل على احدانا فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب ولن اعود له فنزلت يا ايها النبي لم تحرم وهذا اولى بالاعتبار لان رواية صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة ورح لا مانع من كون نزولها في الامرين جميعا وقوله تبتغي مرضات ازواجك وان كان ظاهرا في انها في تحريم مارية لان مرضاتهن كان في ذلك لا في ترك العسل فلا شك انه ايضا في ترك شربه عند الضرة وان قيل انه روي انه قال والله لا اذوقه فلذلك سمي تحريما ولزمته التحلة اجيب بانه لم يذكر في الآية ولا في الحديث الصحيح فلا يجوز ان يحكم به وتقييده بحكم النص واعلم ان الذي في الحديث الصحيح هو قوله ولن اعود له ولا شك ان هذا ليس بيمين موجب للكفارة عند احد فبحث ذكر الله تعالى ما يفيد ان الواقع منه كان يمينا وجب الحكم بانه كان منه عزم مع ذلك القول قول آخر لم يره وفي تلك الرواية ثبت به اليمين فجاز كونه قوله والله لا اذوقه وجاز كونه لفظ التحريم الا ان لفظ حرم على نفسه ظاهر في ارادة قال حرمت كذا ونحوه بخلاف الحلف على تركه وحاصل الوجه الذي اقتصر عليه المصنف وهو ان لفظه ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله باثبات حرمتها اي حرمة ذلك الشيء لغيره وهو اليمين باثبات موجب اليمين وهو البر اذا لم يفعله والكفارة ان فعله صونا للكلام عن الالغاء فتعلم ان الله عليه نعم المعنى المذكور النساء ومخيرين قوله ثم اذا فعل محرما قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة في قوله وعليه ان استباحه كفارة يمين وبه عرف ان مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه والا لم يصح قول استباحه وانما يحنث بالقليل والكثير لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه فيتناول جزء يلزمه الحنث وهذا بخلاف ما تقدم من والله لا اكلم وهذا الزعيف على حرام على ما نقل قاضي خان عن المشائخ قوله ولو قال كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك فاذا اكل او شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته والقياس ان يحنث كما فرع لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه كفتح العينين وتحريك الجفنتين وهو قول زفر بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ وجه الاستحسان ان المقصود هو البر لا يحتمل مع اعتبار العموم والظاهر انه لم ينعقد للحنث ابتداء اي لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن مباشرة العموم واذا اسقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه اي هذا اللفظ يستعمل فيما يتناول عادة وهو الطعام والشراب فظهر ان ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحمل على اخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب اخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم في غير الطعام والشراب مع صلاحيته للفظ فاذا نواها تعلقت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الارادة بخلاف ما نحن فيه اذا اراد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية فاذا نواها كان ايلاء لان الحلف على قربانها ايلاء ولا يخرج عن الطعام والشراب فايهما فعل حنث واذا كان ايلاء فهو ايلاء مؤبد فان وقتا

وفي الذخيرة نذر مطلقا فعليه الوفاء

اربعة اشهر بانت الى آخر احكام الايلاء الموبد وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشائخنا اى مشائخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر قالوا يقع به الطلاق بخمر الغلبة الاستعمال في الطلاق فينصرف اليه من غير نية وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال المصنف وعليه الفتوى وقال البزدوي في مبسوطه هكذا قال بعض مشائخ سمرقند ولم يتضح لي عرف الناس في هذا الان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحلية ولو كان العرف مستمرا في ذلك لما استعمله الاذو الحلية فالصحيح ان يقيد الجواب في هذا ويقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا فاما من غير دلالة فالاحتياط ان يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام كلاك ونحوه كاكل كذا ولبس دون الصيغة العامة وهي كل حلال علي حرام وتعارفوا ايضا الحرام يلزمني ولا شك في انهم يريدون الطلاق معلقا انهم يذكرون بعده الافعل كذا ولا افعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمني لا افعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهي طالق وتجب امضاؤه عليهم وفي القنية لو قال حلال الله علي حرام او قال حلال خداى ولم امرأة ينصرف اليهما من غير نية وعليه الفتوى وان لم تكن له امرأة تجب عليه الكفارة قال المصنف وكذا ينبغي في حلال بروى حرام للعرف يعني يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى واختلفوا في قوله هر چه بدست راست گيرم بروى حرام بر اهل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف قال في الخلاصة لا يصدق انه لم ينو ولو قال هر چه بدست راست گرفته ام فهو بمنزلة قوله گيرم ولو قال هر چه بدست چپ گيرم في مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى ولو قال هر چه بدست گيرم ولم يقل راست او چپ فهو كقوله بدست راست گيرم والحاصل ان المعتبر في انصراف هذه الالفاظ عربية او فارسية الى معنى بلغة التعارف فيه فان لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال اردت غيره لا يصدق قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق **قوله** ومن نذر نذرا مطلقا اى غير معلق بشرط كان يقول لله علي صوم شهر او حجة او صدقة او صلاة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب فعليه الوفاء بها وهذا شروط لزوم النذر فخرج النذر بالوضوء لكل صلوة فانه لا يلزم لانه غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعيادة المريض لانه ليس من جنسه واجب اما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب ان يكون معناه اذا كان حراما لعينه او ليس فيه جهة القربة فان المذهب ان نذر صوم يوم العيد ينعقد ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة ولنا فيه بحث ذكرناه في مختصر الاصول ومذهب احمد رحمه الله فيه كفارة يمين علينا لحديث ورد فيه وهو قوله عليه السلام لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذي بسند قال فيه صاحب التنقيح كلهم ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح بين علته وكذا قال الترمذي وقوله فعليه الوفاء به اى من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به اوعين وهو خلافية زفر ولو نذر ان يتصدق بهذه الدراهم فتصدق بغيره عن نذره او نذر التصدق في هذا اليوم فتصدق في غد او نذر ان يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره اجزاه في كل ذلك خلافا لزفر له انه التزم باعتبار ما هو قربة لا باعتبار ما آخر لا دخل له في صيرورته قربة وقد اتى بالقربة الملتزمة وكذا اذا نذر ركعتين في المسجد الحرام فاداها في اقل شرفا منه او فيما لا شرف له اجزاه خلافا لزفر وافضل الاماكن المسجد الحرام ثم مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحي ثم البيت لانه نذر بزيادة قربة فتلزم قلنا عرف من الشرع ان التزامه ما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم اصل القربة بالتزامه الى لزوم التخصيص بمكان فكان لغوا ويبقى لازما بما هو قربة فان قلت من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال ابو يوسف اذا نذر ركعتين بلا وضوء صح نذره خلافا لمحمد وجواب ان محمدا

لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فعليه الوفاء بنفس المنذور لاطلاق الحديث وكان المعلق بشرط كالمنجز عنده وعن ابى حنيفة رحمه الله وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلى حجة او صوم سنة او صدقة مال مثل ماله اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو نظامره نذر فيتخير ويميل الى احد الجنسين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضى لانعدام معنى اليمين فيه ـــــــــــــــــــــــــــــــ وهو الملتقى وهذا التفصيل هو الصحيح

ابو حنيفة كذلك وابو يوسف فانما صحيح بوضوء لانه عين نذره بركعتين لزمتاه بوضوء لان التزام المشروط التزام الشرط فقوله ابو حنيفة بغير وضوء لغو لا يؤثر في تغيير اذا نذرهما بلا قراءة لزمتاه ركعتين بقعدة واحدة لزمتاه ركعتين او ثلاثا لزمتاه باربع وقال زفر لا يصح النذر في الاوليين للان الصلوة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة وفي الثالثة وهي ما اذا نذر بثلث يلزمه ركعتان لانه التزمه ركعة بعد الثنتين فصار كما اذا التزمهما منفردة على قولهما معنى قدمناه وهو ان الالتزام يبتنى الزام بما لا صحة له الا به ولا صحة للصلوة بلا قراءة ولا لركعة الواحدة الا بضم الثانية اليها فيكون التزاما للقراءة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلوة بلا وضوء حيث لغا والتزامها بلا قراءة حيث اجازه والفرق ان الصلوة بلا طهارة ليست عبادة اصلا وبلا قراءة تكون عبادة كصلوة الامى وهذه المسائل وان كانت تقدمت متفرقة الا ان هذا المكان محلها بالاصالة فلم ار اخلاءه منها فنسيحة لدين رب العالمين **قوله** لقوله عم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب الا انه مستغنى عنه وفي لزوم المنذور الكتاب والسنة والاجماع قال تعالى وليوفوا نذورهم وصح المعم في كتاب الصوم بان المنذور واجب للآية وتقدم الاعتراض بانها توجب الافتراض للقطعية والجواب بانها مؤولة اذا خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنس واجب فلم تكن قطعية الدلالة والسنة كثير منها حديث شيخ في البخاري من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصى الله فلا يعصه سوته عائشة رض والاجماع على وجوب الايفاء به استدل من قال من المتاخرين بافتراض الايفاء بالنذر **فروع** اذا نذر شهرا قائما بعينه كرجب وجب التتابع لكن لو افطر يوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو افطر فيه يوما لا يلزمه الا قضاؤه كذا هذا وان لم يعين بعينه كشهر ان شاء تابعه وان شرط التتابع لزمه فيستقبل ولو التزم بالنذر اكثر مما يملكه لزمه ما يملكه وهو المختار قال الطحاوي اذا اضاف النذر الى سائر المعاصي كله على ان اقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث لله على ان اطعم المساكين على عشرة عند ابي حنيفة يتد على طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحسانا لله على ان اعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه ان يعتقها فان لم يعتقها اثم ولا يجبره القاضي قال ان برئت من مرضي فعلي شاة اذبحها او ذبحت شاة لا يلزمه شئ ولو قال اذبحها وتصدق بلحمها لزمه قال لله على ان اذبح جزورا فانصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز **قوله** وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث الذي رويناه من البخاري وغيره فانه امر بذلك من غير تقييد بمنجز ولا معلق ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كانه قال عند الشرط لله علي كذا وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه او عن لزوم عين المنذور اذا كان معلقا بالشرط الا انه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد رح قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او اعتكاف شهر او صوم شهر او اعتكاف سنة فكفر فان كان فقيرا صار مخيرا بين صوم ستة او صوم ثلثة ايام والاول وهو لزوم الوفاء عينا هو المذكور في ظاهر الرواية والتخيير عن ابي حنيفة في النوادر وروى عن عبد العزيز بن خالد الترمذي خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على ابي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأيي ان ارجع فلما رجعت من الحج اذا ابو حنيفة قد توفي فاخبرني الوليد بن ابان انه رجع قبل موته بسبعة ايام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسمعيل الزاهد وقال الولوالجي مشايخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة قال لكثرة البلوى في هذا الزمان ووجه الظاهر المنصوص من آية الكفارة والاحاديث ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر رض عنه عم قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيحمل مقتضى الايفاء بعينه على المنجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ولا فشكل لان المعلق

فر الاول

قال ومن حلف حالفا ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى بيمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه يمين والفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيتنجز كاليمين ففي ان سبب الايجاب وهو الحنث منتف حالة التكلم فيلتحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الايفاء واختار المعم والمحققون ان المراد بالشرط الذي يخرج معه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان فانه اذا لم يرد كونه يعلم انه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لان تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دائما وان كانت مجلبة للثواب مخافة ان يثقل فيتعرض للعقاب ولهذا صح عنه عم انه نهى عن النذر وقال انه لا يأتي بخير الحديث واما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان شفى الله مريضي او قدم غائبي او مات عدوي فعلي صوم شهر فوجد الشرط لا يخرجه الا عين فعل المنذور لانه اذا اراد كونه كان مريدا كون النذر وكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الايفاء فصار محل ما يقتضي الايفاء المنجز والمعلق المراد كونه محل ما يقتضي اجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج وذهب احمد في هذا التفصيل الذي اختاره المصنف واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء بالكفارة في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق وليس هذا لما قلنا وهذا التقرير اولى مما قيل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين للمنع فاجزأ فيه الكفارة بخلاف الذي يريد كونه ورد على هذا التقرير ان اليمين كما تكون للمنع تكون للحمل فلم يتخصص معناها بما لا يراد كونه فالفرق على هذا الحكم **قوله** ومن حلف على يمين اي على محلوف عليه فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه وكذا اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شيء قال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وكذلك قال موسى عم ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد مخلفا بوعده وتقدم في الطلاق وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الاشياء كلها بمشيئة الله تعالى فلا يتغير بذكره حكم وللجمهور قوله عم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه ابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن ولانه تعليق للمحلوف عليه بمشيئة الله تعالى اعني اذا قال والله لا اخرج اليوم ان شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فاذا خرج لا يحنث لان المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا اخرج فاذا خرج تبين انه تعالى لم يشأ عدم الخروج وهذا ينتقض على مالك في اليمين اما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر فانه اذا قال انت طالق ان شاء الله تعالى فظاهر ان المعلق بالمشيئة هو انت طالق ولا معنى له لانه قد شاء الله قوله وقوله انت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن اعدامه فلو جعل مصروفا الى الوقوع على معنى انت طالق ان شاء الله وقوع طلاقك فخلاف اللفظ ثم لا يجدي لانه قد شاء الله وقوع طلاقها اذ قد شاء تلفظه بانت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا ان المعلق بالمشيئة ان كان لفظ انت طالق فقد شاءه حيث وجد فيه جد حكمه او نفس الوقوع فقد شاءه حيث شاء علقه وهو تلفظه وما في الطلاق تقدم تضعيفه وهذا ما وعدناه في الطلاق ثم شرط عمل الاستثناء في الابطال الاتصال فلو انقطع بتنفس او سعال ونحوه لا يضر ان شاء الله تعالى اعلم

باب اليمين في الدخول والسكنى اراد بيان الافعال التي يحلف عليها فعلا فبدأ بفعل السكنى لان اول الافعال التي يحلف

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفاتهم وقيل الجواب مجرى على الاطلاق وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دار الخربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فالبناء وصف فيها خيران الموصف في الخاصة لغو وفي الشافعي معتبر

اليها الانسان ان يحل مكانا ثم يفعل ما يحتاج اليه من اللبس والاكل وغيره وكل من الاكل والشرب وان كان من الضروريات لكن حاجة الحلول في مكان الزم للجسم من اكله ولبسه **قوله** ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او الكنيسة وهي متعبد اليهود والبيعة وهي متعبد النصارى لم يحنث لان الاصل ان الايمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي رحمه الله ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك رحمه الله وهو لا على النية مطلقا كما عن احمد رحمه الله لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفي اعني الالفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف كما ان العربي حال كونه بين اهل اللغة انما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف الناطق المتكلم الى ما عهدناه المراد بها ثم من المشائخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم في الفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة والمرغيناني وهو ما اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت انه يحنث بانه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف وما اذا لم يكن العمل بحقيقته ولا يخفى ان هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية الا فيما من الفاظ ليس له وضع لغوي بل احدثه اهل العرف وان ماله وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه اللغوي وان تكلم به متكلم من اهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصر المعتبر الا ما تعذر وهذا بعيد اذ لا شك ان المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذي به التخاطب سواء كان عرف اللغة ان كان من اهل اللغة وغيرها ان كان من غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركا بين اهل اللغة واهل العرف تعتبر اللغة على انها العرف واما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان نواه في عموم بيتا حنث وان لم يخطر له وجب ان لا يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت فنظهر ان مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا له وان كان له نية شيء واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره واذا عهدنا هذا فالكعبة وان اطلق عليها بيت في قوله تعالى ان اول بيت وضع للناس للذي ببكة وكذا المسجد في قوله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع وكذا بيت العنكبوت بيت الحمام ولكن اذا اطلق البيت في العرف فانما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز ان كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتة للضيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الاتباع في بعض الاوقات فيحنث والحاصل ان كل موضع اذا اغلق الباب عد داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة تصلح للمبيت من سقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها اربع حوائط كما هي صفات الكوفة او ثلثة على الصحيح المعتبر ان يكون مسقفا كما هي صفات ديارنا لانه يبات فيه غاية الاشهر مفتحة واسع وكذا الظلة اذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفا بخلاف ما اذا كان سابا طا وهو ما على ظاهر الباب في الشارع من سقف له جذوع اطرافها على جدار الباب واطرافها الاخرى على جدار الجار المقابل لان رسياقي ان السقف ليس شرطا في مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا **قوله** ومن حلف لا يدخل

دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك قال النابغة الذبياني وابيهم زياد بن معاوية

بدارية بالعلياء والسند + اقوت وطال عليها سالف الابد + وقفت فيها اصيلانا اسائلها + عيت جوابا وما بالربع من احد + الا الاواري لايا ما ابينها + والنؤي كالحوض بالمظلومة الجلد + اذا كانت الدار بالعلياء فالسند

فلو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لانه لم يبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا لو دخله بعد انهدام الحمام ونحوه لانه لا يعود اسم الدارية

وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه اى يصعد لم يضرها السيل واقوت اقفرت وطال عليها سالف الابد بالباء السالف الماضى والابد الدهر اى طال عليها ماضى الزمان وهذا كناية عن خرابها واصيلانا تصغير جمع اصيل اصلان كبير وبعران وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاما فيقال اصيلال وانما صغره للدلالة على قصر الوقت الذى وقف فيه للمسائلة وبذا السوال ترجع وتحسر وعييت جوابا عجزت يقال فى تعب البدن اعيا ر والفعل اعيى وفى كلال اللسان عيى ورتى فاصل قادما الى المدينة ماشيا فقال له مولاه اعيى ام آعيى فقال بل اعييت فوضع اعييت جوابا فى البيت المذكور مكان عييت خلافا للمعروف والاداري جمع آرى وهى مجالس الخيل ومرابطها واللاى البطوائى تبتنى لها بطحة فاستلزم تعبا ومن فسر اللاى بالشدة فهو باللازم فان البطو فى التبيين لا يكون الا لتعب فيه والنؤور حاجز من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله وما وقع فى بعض المواضع من انه حفيرة غلط وما عسى ان يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فانها لو كانت بيرا امتلأ فى لحظة وفاض وانما هو ذكرنا ولذا قال فى البيت بعده ردت عليه اقاصيه ولبده + ضرب الوليدة بالمسحاة فى الثأ + يعنى ردت الوليدة وهى الامة الشابة ما تناثر من تراب النؤور بسبب تهدمه عليه بضرب المسحاة فى النار وهى الارض الندية قال الاعلم وهو مصدر وصف به واراد بالمظلومة الارض التى لم تمطر والجلد الصلب فيكون النؤور الوتد اشد ثباتا فيها وقال امرؤ القيس يا دار ماوية بالحائل + فالسهل فالحتتين من عاقل + فصم صداها وعفا رسمها + واستعجمت عن منطق السائل + يريد انها مقفرة لا انيس فيسمع صوته او لا احد يتكلم فتجيبه الصدى وهو الذى يسمى بانية الجبل وقال امرؤ القيس لمن طلل البرقة شماني + كخط زبور فى عسيب يماني + ديار الهند والبابل وقرتنى + ليالينا بالتعفف من يدلانى + يريد درست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ورقته اذا كان فى عسيب يمان وكان اهل اليمن يكتبون عهودهم فى عسيب النخلة وهذه الاشعار وما لا يحصى كثيرة تشهد بان اسم الدار للعرصة ليس غيرا ان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التى ذكروها لم يكن فيها بنا ء اصلا بل هى عرصات منزولات انما يضعون فيها الاخبية اذ البنية الحجر والمدر فصح ان البناء وصف فيها غير لازم وانما الكلام فيها كونها قد نزلت غير انها فى عرف اهل المدن لا تقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها غالبا اذا محت الابنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر ان اطلاق اسم الدار فى العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان فى الحقيقة ان يقال كانت دارا واذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة بان صارت لا بناء لها لا يحنث وبذا هو المراد فانه قال فى مقابلة فيما اذا حلف لا يدخل فيها الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء حنث انما تقع المقابلة بين المعين والمنكر فى الحكم اذا توارد حكمها على محل فاما اذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغى ان يحنث فى المنكر الا ان يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعنى معتبرا فيها غير ان الوصف فى الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفى الغائب معتبر لانه المعرف له قوله ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام ولو بنيت مسجدا او حماما او بستانا او بنى بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا وكذا اذا غلب عليها الماء او جعلت نهرا فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعدما انهدم المبنى ثانيا فى الحمام وما معه لانه لا يعود اسم الدارية بناء مشدودة وكذا اذا بنى دارا

وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله وبعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت لانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه بيات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام **قال** ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان للمعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث **قال** واذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

بعد ما انهدم بانى ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير تلك الدار التى منع نفسه من الدخول فيها ورد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم الحنث اذا زال فى المنكر حق لكن ثبوت الحنث فى المشار اليها بعد ما صارت صحراء مشكل لان كون الاشارة تعين الذات انما يقتضى تعيين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد انتفى ويقتضى ايضا انه لو دخلها بعد ما انهدمت بنيت دارا اخرى لا يحنث لان هذا البناء الثانى ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه فان قيل الحلف اذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيدا او عمرا او اهل الكوفة لا يحنث بكلام احدهم وان لم يكن جزء بل المعتبر كون العرصة بيتا لانه يحكم عليه عدم الحنث فى المنكر فيما اذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى **قوله** وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لان اسم البيت وقد زال بالانهدام لزوال سماه وهو البناء الذى يبات فيه بخلاف الدار لانها تسمى دارا ولا بناء فيها ولو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيد ان ذكر السقف فى الدهليز من قوله وهو مسقف لا حاجة اليه لانه تعين ان البيتوتة والبيت لا يلزم فى مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوى وغير مسقف وهو الصيفى وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لا يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وهذا المبنى غير البيت الذى منع نفسه دخوله ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل بيت شعر او فسطاطا ان كان من اهل البادية حنث والا لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها من غير دخول من الباب بان ظفر من سطح الى سطحها حنث لان السطح من الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد فلو عد السطح خارجا فسد وقد يقال المبنى مختلف فان الايمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو فى حكم المسجد خارجا فى العرف الا يرى ان فناء المسجد له حكم المسجد فى بعض الاشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن فى المسجد ولا شك انه خارج فالاقرب ما قبل الدار عبارة عما احاطت به الدائرة وهذا حاصل فى علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح بحيث لو ظهر فليس هو لانى هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة ان يكون عرفا انه يقال انه داخل الدار والحق ان السطح لا شك انه من الدار لانه من اجزائها حسا لكن لا يلزم من القيام عليه ان يقال فى العرف دخل الدار بل لا يتعلق لفظ دخل الا بجوف حتى صح ان يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحيل وهذا فى عرف من ليس من اهل اللسان فطابق عرف العجم ولو جمع بين قول المتقدمين والمتاخرين بان يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح حضير وجواب المتاخرين المعبر عنهم بقوله وقيل فى عرفنا يعنى عرف العجم لا يحنث الا بالوقوف على السطح على ما اذا لم يكن له حضير اتجه وهذا اعتقادى **قوله** وقيل فى عرفنا لا يحنث ما لم يقف على السطح وكذا لا يحنث بالصعود على شجرة داخلها لانه لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها وكذا اذا قام على حائط منها **قوله** وكذا اذا دخل دهليزها يعنى يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو ان يكون له حوائط وهو مسقف وانت علمت ان السقف ليس لازما فى مسمى البيت بل فى مسمى البيت الشتوى **قوله** وان وقف فى طاق الباب وهو يحنث اذا اغلق الباب بان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل راسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احداهما او راسه لم يحنث وبه قال الشافعى واحمد ومالك وقد كان عليه السلام يناول راسه عائشة رضى الله عنها لتصلحه وهو معتكف فى المسجد وهى فى بيتها ولان قيامه بالرجلين فلا يكون باحدهما داخلا

ومن حلف لا يخرج من الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام كالابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث وحلف لا يكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قال ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منها تعقق

كان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل رأسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احدهما او رأسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك رح وقد كان عزم ينا ول رأسه عائشة رض لتصلحه وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قيامه بالرجلين يحلا يكون باحدهما داخلا ولا خارجا وفي هذا خلاف فانه ذكر في الخلاصة لو قال لامرأته ان خرجت الا باذني فانت طالق فقامت على اسكفة الباب وبعض قدميها بحال لو اغلق الباب كان ذلك المقدار داخلا وبعضه الباقي خارجا ان كان اعتمادها على النصف الخارج حنثت وان كان على النصف الداخل عليها لا يحنث وفي المحيط ولو ادخل احدى رجليه لا يحنث وبه اخذ الشيخان الامامان شمس الائمة الحلواني والسرخسي هذا اذا كان يدخل قائما فاما اذا كان يدخل مستلقيا على ظهره او بطنه او جنبه فتد حرج حتى صار بعضه داخل الدار ان كان الاكثر داخل الدار لم يحنث وان كان ساقاه خارجا ولو تناول بيده شيأ من داخل لا يحنث

فروع حلف لا يدخل هذه الدار فادخل مكرها اي محمولا لا يحنث فان ادخل وهو بحال لا يقدر على المنع لكن رضيه بقلبه اختلفوا والاصح انه لا يحنث فلو خرج بعد وجوده مكرها اي محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا قال السيد ابو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح الطحاوي وقال القاضي الامام الاصح انه يحنث وسيأتي تمامه ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد اشرع الى السكة حنث اذا كان احد بابيه في السكة والآخر في الدار وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار وكذا الكنيف اذا كان بابه في الدار ولو حلف لا يدخل بلخ او مدينة كذا في العمران بخلاف كورة بخارا او رستاق كذا اذا دخل ارضها حنث والفتوى في زماننا ان كورة بخارا على العمران وعلى هذا القياس اذا حلف لا يدخل كورة مصر او بلدا ومصر وهو بالشام فدخول العريش يحنث على الاصل على العمران لا يحنث حتى يدخلها وكذا لو حلف لا يدخل بغداد فمر بها في سفينة بحيث عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث عليه الفتوى ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينة في الفرات او دخل جسر لا يحنث ولو قال ان وضعت اقدامي في دار فلان فكذا فوضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع القدم يهنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل لوضع احدى رجليه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بنى مسجدا فدخله يحنث كالدار ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لا يحنث في المختار قال في مجموع النوازل هذا اذا لم يكن للمسجد باب في السكة وكذا اذا دخل بيتا في طريق السكة ان كان له باب فيها حنث وان كان ظهره فيها وبابه في سكة اخرى لا يحنث هذا هو الصحيح ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من بين بابيها لا يحنث ولو كان لها باب حين حلف وجعل لها بابا آخر فدخل منه حنث لان الحلف على باب منسوب اليها فيستوي القديم والحادث الا ان عين ذلك الباب في حلفه ولو نواه ولم تعينه نية حافظ لا يدين في القضاء ولو حلف لا يدخل دارا فدخل قناة حتى صار تحتها ان كان لها مفتح في الدار ينتفع به بان يستقى منه حنث اذا وصل هناك وان كان لا ينتفعون بها انما هو لاستدامة القناة لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذا القصر فدخل مضرب في مكان آخر فدخله حنث **قوله** ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالمكث فيها اياما وهو المراد بالمقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحسانا والقياس ان يحنث بالمكث وان قصر لان الدوام له حكم الدخول حتى صحت الاقامة به اعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به المكث والقرار فيها صح حتى لو دخل ابدا لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى وجه الاستحسان ان الدخول حقيقة لغة وعرفا في الانفصال من الخارج الى الداخل والدوام ليس كذلك فليس الدوام مقصودا لاجزء مقصودة كونه مما يصح ان يراد باللفظ مجازا لانه لازم الدخول عادة وان قيل اذا كان الدخول يراد به المكث لا يقتضي الحنث به لان اليمين لا تنعقد على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي وكذا اذا كان حلف ليدخلنها غدا وهو فيها ممكث حتى مضى

فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما فخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بعد المدة والتوقيت لتوقي الابتداء الخالص تعدية ولانه محتمل كلامه

الحنث لانه لم يأت بما حلف عليه اذ لم يخرج ولو نوى بالدخول الاقامة فيه لم يحنث وعلى هذا قد يقال ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان فان القياس الكائن في مقابلة هو ما يتبادر ويتساوى الى الذهن ولا يتساوى الى احد من لفظ او خل معنى استمرار مقيما فيقضي العجب من زفر بقوله بالحنث وهذه المسألة عليها الائمة الاربعة الا في وجه عند الشافعي كقول زفر ونظير المسألة حلف لا يخرج وهو خارج يحنث حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث بخلاف المسائل التي ذكرنا بقوله لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها او لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث قليلا حنث فلو نزع الثوب من ساعته او نزل او اخذ في النقلة لم يحنث خلافا لزفر اما الاول وهو الحنث بمكثه فلان هذه الافعال لها حكم الدوام بحدوث امثالها ولهذا لو قال لها كلما ركبت فانت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت فان مكثت ساعة اخرى كذلك طلقت اخرى بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فركب لزمه طلقة واحدة وان طال مكثه لان لفظ ركبت اذا لم يكن الحالف راكبا يراد به انشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وان كان له حكم الابتداء بخلاف حلفه الركوب لا يركب فانه يراد به الاعم من ابتداء الفعل ودوامه حكم عرفا واستوضح على ان هذه الافعال لها دوام يتجدد امثالها بقوله الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا بخلاف الدخول فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجازي الكلام دخلت عليه يوما مرادا به اما مجرد بيان الظرفية لا التقدير واما مطلقا الوقت اذ كان لا يمتد فيراد به ما يعم النهار والليل وذلك اعني عدم ضرب المدة تقديرا للدخول دليل انه ليس فيه تجدد امثال يصير به مكررا فيحنث بحدوث المتكررات فلا يحنث الا بابتداء الفعل الا ان ينوي به البقاء وهذه على عكسه ينعقد بمقتضى مطلق اللفظ على الاعم من الابتداء والبقاء واما الابتداء فقط فمحتمله حتى لو اراد بقوله لا اسكن وا اركب والبس ابتداء الفعل فقط صدق لانه محتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكنا وراكبا ولابسا وفرع بعض اهل العلم على كون هذه لها تجدد امثال يصير بها في معنى الابتداء انه لو حلف وهو لابس ليلبسن هذا الثوب غدا واستمر لابسا حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد ثم انما يحنث تباشير ساعة اذا امكنه النقل فيها فاما اذا لم يقدر بان كان بعذر الليل وخوف اللص او منع ذي سلطان او عدم موضع ينقل اليه او اغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه او كان شريفا او وضيعا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر وادر ما ذكر الفضلي فيمن قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقيد او منع من الخروج حنث وكذا اذا قال لامرأته وهي في منزل ابيها ان لم تحضري اليوم منزلي فطالق فمنعها ابوها حنث اجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدميا فيحنث بتحققه كيف ما كان لان العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى لان المعقود عليه الاختياري وينعدم بعد مدة فيصير مسكنا لا ساكنا فلم تتحقق شرط الحنث وسنذكره في فروع توضيح الوجيه بأتم ان شاء الله وكذا لو بقي اياما في طلب مسكن وترك الامتعة والاهل في هذه

الليلة

قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله عنها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا اذ السوقي عادته نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روى عن ابي يوسف رح لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في اليمين من الجواب ثم قال ابو حنيفة رح لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد تثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف رح يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رح لا يعتبر نقل ما يتضرر به كل خدايته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى ... ولهذا احسن وارفق بالناس

بنه والايام لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل فصار مدة الطلب مستثنى اذا لم يفرط في الطلب وهذا اذا خرج من ساعته في طلب المنزل ولو اخذ في النقلة شيئا فشيئا فان كانت النقلات لا تتفرق لا يحنث ولو امكنه ان يستاجر من نقل متاعه في يوم فليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل باسرع الوجوه بل يقدر بما يسمى ناقلا في العرف واما الثاني فوجه قول زفر رح ان الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس ولنا ان اليمين تعقد للبر لا للحنث ابتداء وان وجب الحنث في بعض الاوقات واذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما يحتاج من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع قوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع حنث وهذه المسئلة فرع التي قبلها لما كان بالاخذ في النقلة من ساعته يبر ذكر معنى النقلة التي بها يتحقق البر فبين انه لا بد في كونه منتقلا من الدار من نقل الاهل والمال وكذا الحلف على ان لا يسكن في هذه المحلة او السكة لو خرج بنفسه عازما على العدم العود ابدا حنث وان خرج على عزم ان يرسل من ينقلهم لانه يعد المتاهل ساكنا بمحلة يسكني اهله وماله عرفا واستشهد للعرف بان السوقي عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج منه الا ليلا او بعض الليل ايضا ويقول انا ساكن في محلة كذا وذلك لقرار اهله وماله بها وبهذا القول قال احمد ومالك وعند الشافعي لا يحنث اذا خرج بنية التحويل قيل وهذا الخلاف بيننا وبينه مبني على ان العبرة عنده لحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة بخلافها وهو اذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل فلا شك في انه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة بخلافها ظاهرا وباطنا على الحقيقة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه والعادة ان من كان اهله بمكان ببلدة هو بها ساكن فيه عملا للعرف فمبنى اللفظ عليه وهذا اذا كان الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله فان كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع ابيه او امرأة مع زوجها فلو حلف احدهما لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه وترك اهله وماله وهي وجهاز ماله لا يحنث وقيده ابو الليث ايضا بان يكون حلفه بالعربية ولو عقد بالفارسية لا يحنث اذا خرج بنفسه وترك اهله وماله وان كان مستقلا بسكناه نعم لقائل ان ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك ان السوقي انما يقول انا ساكن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما اذا خرج عازما على عدم العود كما هي صورة المسئلة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعى ان العرف على انه ساكن ما لم ينتقل اهله وماله حتى انه يقال بعد خروجه كذلك فلان يريد ان ينتقل عن مسكنه ولكن لم ينتقل بعد قوله ولو كان اليمين على المصر على ما تقدم كان فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الخارة فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر او هذه المدينة قلنا لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روى عن ابي يوسف رح نقله الفقيه ابو الليث رح عن امالي ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه بنفسه وان ترك اهله وماله عرفا فلا يقال لمن اهله بالبصرة وماله وهو بنفسه قاطن في الكوفة وهو ساكن بالبصرة والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ولو حلف لا يسكن هذه القرية او البلدة وهو مقيم بها فانتقل الى قرية اخرى وترك اهله وماله في الاولى لا يحنث وقوله في الصحيح احتراز ممن قال هي كالحلف لا يسكن الدار فيحنث قوله ثم قال ابو حنيفة لا بد في كونه انتقل من الدار وباشا كلها مما ذكرنا من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد ونحوه يحنث

ثم قال ابو حنيفة لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد لم يحنث لان البيت قد تحول بالكل فتبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر قال محمد يعتبر في البر ما يقوم به كل عادة لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا الحلف على من له بيوت بالمصر اما من ليس له الا بيت واحد فانتقل الى مصر آخر يريد ان ينتقل اليه لا يحنث حتى يتخذ فيه مسكنا لان هذا ليس بانتقال عن السكنى وقالوا هذا اذا خرج بعياله ومتاعه وطلق الاقامة في مصره كذا في الهداية

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الآمر قضاء كما اذا ركب دابة فخرجت لو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا يتحقق بمجرد الرضاء

لان السكنى من الحالف تثبت بالكل فتى متى شيء في المبسوط وهذا اصل لابي حنيفة حتى جعل صفة السكون في العصير بالغا من ان يكون خمرا وبقاء مسلم واحد آسنا في بلدة ارتدا بها ما لنا من ان تصير دار الحرب الا ان مشائخنا قالوا هذا اذا كان الباقي تبعا للساكن فاما بقاء بكنسته او قطعة حصير لا يبقى بها ساكنا فيرى فلا يحنث وحقيقة وجه دفعه ان قوله السكنى تثبت بالكل ان اراد مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاع نفسه الى القرار في المكان منعناه والا لزم انه لو سرق بعض تلك الامتعة انتفت السكنى فعلم ان السكنى تثبت مع الكل بالتفاق الحال فانما هي منوطة في العرف بقراره في المكان على وجه الانقطاع اليه مع ما يتاتى به رفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون الكل على ان الكلام هنا باعتبار العرف والعرف يعد من خرج لا يريد العود ونقل اهله وبعض ماله يريد ان ينقله بعد ذلك او تركه لتفاهته وعدم الالتفات اليه تارك السكنى ذلك المكان وقال ابو يوسف يعتبر في البر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر ربما يغفل عن شيء كابرة في شق حائط او يتعسر فقال محمد يعتبر في البر نقل ما يقوم به كل عادة اي سكناه فيما انتقل اليه لان ما وراء ذلك ليس من السكنى اذ ليس من حاجتها قال الله قالوا هذا احسن واوفق بالناس في نفي الحنث عنهم ومنهم من صرح بان الفتوى عليه وكثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على ان الفتوى على قول ابي يوسف ولا شك ان الدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف في انه ساكن اولا والحق ان من خرج على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من امتعته فيه ما يقوم به امر سكناه وهو على نية نقل الباقي ان يقال ليس ساكنا في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني وبهذا الخلاف في نقل الامتعة اما الاهل فلا بد في البر من نقلهم كلهم اتفاقا قوله وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر حتى يبر بالاتفاق فانه لو انتقل الى السكة او المسجد لم يبر بالاتفاق فانهم اختلفوا قيل يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف لانه مستدرك في الزيادات كوفي نقل عياله الى مكة ليتوطن بمكة فلما توطن بمكة بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة يصلي بها ركعتين لانه وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق ان يرجع قبل ان يدخل الى مكة صلى بالكوفة مارا اعليها اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هنا يبقى وطنه الاول ما لم يتخذ وطنا اخر وقيل لا يحنث لانه لم يبق ساكنا وقال ابو الليث ان سلم داره باجارة او رد الاستاجرة الى المواجر لا يحنث وان لم يتخذ دارا اخرى واطلاق عدم الحنث اوجه وكون وطنه باقيا في حق اتمام الصلوة ما لم يتوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل اهله وامتعته وخرج مسافرا ان لا يقال فيه انه ساكن في تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا واذا لم يتخير له قصد سكان معين قيل هو الآن غير ساكن في مكان حتى ينظر اين يسكن واذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البر والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب الخروج مقابل للدخول فناسب اعقابه به ويعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الاتيان فلما ارتبطت اورد ها في باب الخروج **قوله** ومن حلف لا يخرج من المسجد او الدار او البيت او غير ذلك فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما لو ركب دابته فخرجت به فانه يحنث لان فعل الدابة مضاف اليه كذا هذا ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل وهو الخروج لم ينتقل الى الحالف لعدم الامر وهو الموجب للنقل والمراد من الاخراج المكره هنا ان يحمله ويخرجه كارها كذلك لا الاكراه المعروف وهو ان يتوعده حتى يفعله فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف ان الاكراه لا يعدم الفعل عندنا ونظيره الموجف

قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج لها ثم الى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريد بها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها فقيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الوصول وجه الاول ان ابن حامد الذي بين البصرة وبغداد ما حوت من فرسخ فرسخ من اجزاء حتى لان البر قد ذاك

لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى اكله حنث ولو اوجر في حلقه لا يحنث ولو حمله برضاه لامره لا يحنث في الصحيح وقيل يحنث لانه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح ان الانتقال بالامر المجرد والرضا لم يوجد الامر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الآمر محمل النزاع لان من يقول يحنث يجعل الرضا ايضا نائبا قلا دفع بوفع اتفاقي وهو ما اذا امره ان يتلف ماله ففعل لا يضمن التلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر ولو اتلفه وهو ساكت ينظر فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لاحد بين كونه راضيا اولا لانه اذا لم يحنث باخراجه محمولا لانسان او بصبوب ريح حملته لم يحنث يحمل اليمين قال السيد ابو شجاع يحنث وهو ارفق للناس وقال غيره من المشايخ لا يحنث وهو الصحيح ذكره الفقيه ابو الليث وقاضي خان وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم توجد نسبة المحلوف عليه كيف يحمل اليمين فبقيت على حالها في الذمة وينظهر اثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه ارفق بالناس ومن قال لم تحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح

قوله ومن حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجات له اخرى لم يحنث لان الخروج الموجود منه الى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضى بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر الذي ليس كذلك **قوله** ولو حلف لا يخرج الى مكة او دار فلان فخرج مريدا مكة او دار فلان ثم بدا له فرجع قبل ان يصل حنث وهذا لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدم رمه فيحنث برجع اولم يرجع ومقتضى هذا ان يحنث اذا رجع ولان لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمرانه على قصدها كانه ضمن لفظ اخرج معنى السافر للعلم بان البيض اليها لسفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي ان يحنث بمجرد انفصاله من الداخل **قوله** ولو حلف لا يأتيها فخرج بقصدها لم يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة وقيل الذهاب كالخروج وهو قول محمد ابن سلمة واختاره فخر الاسلام قال المصنف وهو الاصح قال تعالى لم يذهب عنكم الرجس اي يبر بانه بمجرد تحقق الزوال تحقق الحنث ولكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا الى فرعون لانه لا يلزم في استعماله غاية الامر ان يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين احدهما بالتحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج والاتيان صحت نيته ثم في الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الاتيان اليه لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصد اولم يقصد كذا في جامع قاضي خان والفوائد الظهيرية **قوله** فان حلف ليأتين البصرة غدا ونحوه من الافعال المستقبلة اذا حلف على ان يفعلها في المستقبل فاما ان يطلقها او يوقتها بوقت مثل لافعلن غدا او فيما بينه وبين يوم الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا ولا يعطين فلانا او ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لان اليمين تبقى ما امكن البر وحيث لم يقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم الحالا لما فتبقى الى ان يقع اليأس عن البر فحينئذ يحنث ولا يقع اليأس الا في آخر جزء

ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسر في الجامع الصغير فقال اذا مرض ولم يمنعه السلطان والمجنون لا يقدر على اتيانه فلم يأت حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة قيام الفعل ويطلق لاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في التعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر قال ومن حلف لتخرجن امرأته الا باذنه فاذن طامة فخرجت ثم خرجت اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

من اجراء الحيوة فان كان الحالف بطلا قها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت احدهما ولا فرق في ذلك بين سنة وسنتين في الصحيح وتقدمت هذه المسئلة في الطلاق في التقييدة تتعلق بآخر الوقت فلو مات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم افعل غدا كذا فعبدي حر قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده قوله ولو حلف اي بالله او بالطلاق او بعتاق ليأتينه غدا ان استطاع وصورته في التعليق ان يقول امرأتي طالق ان لم اكلمك غدا ان استطعت ولانه لا تصرف الاستطاعة الى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة اسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه فاذا اراد بقوله استطاعة الصحة دون القدرة اي دون الاستطاعة التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بالتأثير لها فيه لان افعال العباد مخلوقة لله ولو اراد بقوله ان استطعت صحت ارادته فاذا لم يأته لعذر منه او لغير عذر لا يحنث كأنه قال لا تينك ان خلق الله تعالى اتياني او الا ان تخلق الله اتياني وهو اذا لم يأت لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة والا لاتى واذا صحب ارادتها فهل يصدق ديانة وقضاء او ديانة فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازي وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول اوجه لانه فان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة اسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدق القاضي في خلاف الظاهر قوله ومن حلف ان لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج وشذ ان خرجت الا بقناع ونحوه لان المستثنى في قوله الا باذني خروج مقرون بالاذن فما وراءه الخروج الملصق بالاذن داخل في الحظر العام وهو النكرة المأولة من الفعل في سياق النفي فان المعنى لا تخرجي الا باذني وطريق اسقاط بعد الاذن ان يقول كلما اردت الخروج فقد اذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند ابي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد انه لو اذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن العام ولابي يوسف انها عمل نهيه بعد المرة لانه مفيد لبقاء اليمين بعده بخلاف النهي بعد الاذن العام لانه لا يفيد لارتفاع اليمين بالاذن العام ولو اذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو اذن لانه لم يفصل بين المسموع وغيره لهما ان الاذن انما يسمى اذنا بكونه حملا اولا قوة في الاذن فلم يوجد ثم انعقاد اليمين على الاذن في قوله ان خرجت الا باذني فانت طالق او والله لا تخرجين الا باذني مقيد ببقاء النكاح لان الاذن انما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا حلف انسانا ليرفعن اليه خبر كل داعر في المدينة كان على مدة ولايته فلو ابانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لا يصدقه القاضي اما انه خلاف الظاهر فظاهر مما قررناه واما انه محتمل كلامه فلان الاذن مرة موجب الغاية في قوله لا تخرجي حتى اذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلهما ايجابا في الاباذني لمعنى حتى اذن وفي حتى اذن يحل بمرة واحدة وقد بحث بعضهم في حتى انها ايضا يوجب التكرار واستدل بقوله تعالى فتسألوا فلانا دخلوها حتى يؤذن لكم ونحن نقول ان قام الاجماع على ان التكرار مراد فلا نزاع وانما الكلام في انه هو موضوع اللفظ

قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج لها أو الى عيادة فخرج لها أو الى حاجة أخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمنتفى بعده لان بين خروج وخروج لا يخرج الا يخرج فخرج يريد اذا تقيد حنث لوجود الخروج على قصد مكة فهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها فمر بحيث لو دخل لا يحنث حتى يدخل لان الاتيان عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا وقد ذهبا اليه فقيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الوصول قال ولو حلف ليأتين البصرة فمات حنث في آخر عمره من حيث لا يدري لان البر قد فاته

لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى أكله حنث ولو أوجر في حلقه لا يحنث ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح وقيل يحنث لانه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح ان الانتقال بالامر المجرد والرضا ولم يوجد الامر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الامر محل النزاع لان من يقول بحنث يجعل الرضا ايضا نا قلا فرفع بفرع اتفاقي وهو ما اذا امره ان يتلف ماله ففعل لا يضمن المتلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر ولو اتلفه وهو ساكت ينظر فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لاحدين كونه راضيا اولا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولا لانسان او بجذوب ريح حملته هل يحنل اليمين قال السيد ابو شجاع تحنل وهو ارفق للناس وقال غيره من المشايخ لا تحنل وهو الصحيح ذكره الثمرتاشي وقاضيخان وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم توجد منه الجلوس عليه كيف يحنل اليمين فبقيت على حالها في الدنسة وتظهر اثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج بل يحنث ممن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه ارفق بالناس ومن قال لم تحنل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح

قوله ومن حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجات اخرى لم يحنث لان الخروج الموجود منه الى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضي بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر والذاهب ليس كذلك **قوله** ولو حلف لا يخرج الى مكة او دار فلان فخرج مريدا مكة او دار فلان ثم بدا له فرجع قبل ان يصل حنث وهذا لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث برجع او لم يرجع ومقتضى هذا ان يحنث اذا رجع وان لم يجاوز عمران بمقدوره وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمرانه على قصدها كانه ضمن لفظ الخروج معنى السفر ليتم بان ينفي اليها سفرا لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي ان يحنث بمجرد انفصاله من الداخل **قوله** ولو حلف لا يأتيها فخرج يقصدها لم يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول النصير قال تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة وقيل الذهاب كالخروج وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الاسلام قال المصنف وهو الاصح قال تعالى ليذهب عنكم الرجس اي يزيله فيجرد تحقق الزوال بتحقق الحنث ولكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا الى فرعون لا يدل على انه لازم فيه استعمالا له غاية الامر ان يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين احدهما بالتحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج والاتيان صحت نيته ثم في الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الاتيان اليه لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصد او لم يقصد كذا في جامع قاضيخان والفوائد الظهيرية **قوله** فان حلف ليأتين البصرة هذا ونحوه من الافعال المستقبلة اذا حلف على ان يفعلها في المستقبل فاما ان يطلقها او يوقتها بوقت مثل لافعلن غدا او فيما بينه وبين يوم الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا او ليعطين فلانا او ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لان اليمين تبقى ما امكن البر وحيث لم يقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم الحلها فتبقى الى ان يقع اليأس عن البر فحينئذ يحنث ولا يقع اليأس الا في آخر جزء

ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وذكر في الجامع الصغير قال اذا مرض فلم يمنعه السلطان ولم يجئ
امر لا يقدر على اتيانه فلم يأت حنث ان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة قبل الفعل
الفعل ويطلق لاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في التعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة
كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر قال ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت اخرى بغير
اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر
العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

من اجراء الحيوة فان كان الحالف لبطلانها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت احدهما ولا فرق في ذلك بين سوته وموتها في الصحيح وتقدمت
هذه المسئلة في الطلاق وفي القيدة تتعلق آخر الوقت فلو مات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم افعل غدا كذا فعبدي
حر فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده قوله ولو حلف اي بالله او بالطلاق او بعتاق ليأتينه غدا ان استطاع وصورته
في التعليق ان يقول امرأتي طالق ان لم اتك غدا ان استطعت ولا نية له تصرف الاستطاعة الى سلامة آلات الفعل المحلوف
عليه وصحة اسبابه لانه هو المتعارف عند الاطلاق فينصرف اليه وهذا ما اراد بقوله استطاعة الصحة دون القدرة اي دون الاستطاعة
التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بايجاد الله تعالى افعال العباد مخلوقة لله ولو اراد هذه بقوله ان استطعت
صحت ارادته فاذا لم يأته لعجز دائم او لعجز عذر لا يحنث كانه قال لا تينك ان خلق الله تعالى اتياني او الا ان تخلق الله اتيانك
وسواء اذا لم يأت لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة والا لاتى واذا صحب ارادته فعل يصدق ديانة وقضاء او ديانة
فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول المرغيناني وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه
اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول ادوجه لانه فان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله
عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة اسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدق
القاضي في خلاف الظاهر قوله ومن حلف ان لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث
ولا بد من الاذن في كل خروج وشكله ان خرجت الا بقناع ونحوه لان المستثنى في قوله الا باذني خروج مقرون بالاذن فما وراءه المخرج
الملصق بالاذن داخل في الحظر العام وهو النكرة المناولة من الفعل في سياق النفي فان المعنى لا تخرجي الا باذني وطريق
اسقاط هذا الاذن ان يقول كلما اردت الخروج فقد اذنت لك فان قال ولك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند ابي يوسف خلافا لمحمد وجه
قول محمد انه لو اذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن العام ولابي يوسف انه انما عمل نهيه بعد المرة لانه مفيد لبقاء اليمين بعد بخلاف
النهي بعد الاذن العام لانه لا يفيد لارتفاع اليمين بالاذن العام ولو اذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو اذن لانه
لم يفصل بين المسموع وغيره ولهما ان الاذن انما يسمى اذنا لكونه معلما او لا قوة في الاذن فلم يوجد ثم انعقاد اليمين على الاذن في قوله ان خرجت الا باذني فانت طالق او والله
لا تخرجين الا باذني مقيد بقاء النكاح لان الاذن انما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا حلف انسانا ليرفعن اليه خبر كل
داعر في المدينة كان على عدة ولايته فلو ابانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا
لانها لم تنعقد الا على عدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر فلذا لا يصدقه القاضي اما انه خلاف الظاهر فظاهر مما قررناه واما انه محتمل كلامه فلان الاذن مرة موجب الغاية في قوله
لا تخرجي حتى اذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما
قبلها فيثبتا الاباذني لمعنى حتى اذن لي وحتى اذن يحمل بمرة واحدة وقد يجئ بعضهم في حتى انها ايضا يوجب التكرار واستدل بقوله تعالى
فتسلموا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ونحن نقول ان قام الاجماع على ان التكرار مراد فلا نزاع وانما الكلام في انه هو موضوع للفظ

ولو قال لا ان اذن لك فلانا وفلانا فخرجت ثم خرجت بعدها بغير اذنه يحنث لان هذا كلمة غاية فينتهي اليمين بوجودها اذا قال حتى اذن لك

فقلنا لانه اذا قال حتى اذن لك يكون قد جعل النهي عن الخروج مطلقا معيا بوجود ما هو اذن وبمرة واحدة من الاذن يتحقق ما هو اذن فتحقق غاية النهي فيزول المنع المضاف الى اللفظ فان كان منع آخر غيره من دليل آخر لو علم انه اريد به خلاف مقتضاه وظاهره عند الشافعي في قوله الا باذني انه انتهى اليمين بخروجه واحدة باذن الزوج او بغير اذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا اذن وفي وجه كقولنا وهو اختيار المزني والقفال قوله ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث ونقل عن احمد لزوم تكرار الاذن فيه ايضا مثل الا باذني وهو قول الفراء وهذا لان المعنى الا خروجا باذني لان ان والفعل في تاويل المصدر والاصح الاخروجا اذني فلزم اراة الباء فصار باذني والجواب انه لابد من احد الامرين اما ما ذكرتم من ارادة الباء المحذوفة اذ ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازا اي حتى اذن لك وعلى الاول يكون كالاول على الثاني يعتقد على اذن واحد واذا لزم في الا ان اذن لك احد المجازين وجب الراجح منهما ومجاز غير الحذف اولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف في وصف اللفظ ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال القرآني قال تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم فان قيل فقد تحقق بمعنى ما باضمار الباء ايضا في قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم الاية والثابت وجوب تكرار الاذن اجيب بالمنع بل وجوب التكرار بغيره من الادلة الموجبة منع دخول الانسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذا اكل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل وما تشاؤن الا ان يشاء الله ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منهما يستقل فيه دليل على المنع والفعل مع كل متكرر فانما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه وقد اجيب ايضا عن الآية الاولى لزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي فالزم بعض المحشين ان يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج المراة بغير اذن الزوج مما يؤذي الزوج ايضا وهذا ذهول عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي المنع الذي هو حكم شرعي وهو يثبت بالعلل الشرعية اما هنا فبالنظر فيما يعتقد عليه يمين الحالف ويلزم بعدمه الكفارة وذلك لا يكون الا باللفظ القاضي على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرح بها بان قال والله لا اشرب ماء العنب المشتد لاسكاره فانه لو شرب نذرا لا يقول احد انه حنث ولزمه كفارة مع انه لم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط ان الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن لغم قد يقال لا نجد دليلا يدل على منع كل دخول الا باذن وكل مشيئة للعباد الا بمشيئة الله تعالى وكل قول اني فاعل غدا كذا الا يقرانه بالمشيئة سوى الادلة المذكورة خصوصا في الاخير ولو فرض الاجماع على ذلك فمستند الاجماع ليس الا هذه الادلة واقل ما في الباب ان يكون وجود هذا المجاز اكثر والكثرة من اسباب الترجيح فكون غير مجاز الحذف اولى يجب ان يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطردا والمستمر المفهوم من اللفظ بلا زيادة تامل وانت علمت ان حذف حرف الجر مع ان وان مطرد ولفظ ان آخران هما الى ان اذن لك ويجب ان يسلك به مسلك حتى وبغير اذني يجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء وبدا كلامه بخلاف ما لو قال لا اكلم فلانا الا باذن فلان او حتى ياذن او الا ان باذن او الا ان يقدم فلان او حتى يقدم او قال الرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه لا يحنث بالخروج باليمين في هذا كله لان قدوم فلان لا يتكرر عادة والاذن

ولو اراد ان لا تخرج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال لامرأته ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور وقد ذكرها ابو حنيفة رحمه الله باظهاره ووجهه ان من لا يكلم رجلا فخرج فناداه ليعاتبه على هجرانه فجلس فتبعه عبده فقال ان تبعتني بعد خروجي فعبدي حر فرجع الى منزله وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فيتطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رح لانه اذا كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان قل لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق ولم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينو لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى السيد عرفا لكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتحتمل الاضافة الى المولى فلا بد من النية قال ابو يوسف رح في الوجوه كلها يحنث اذا نوى لاحتمال الاضافة وقال محمد رح يحنث وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الاذن وكذا خروج الرجل مما لا يتكرر عادة بخلاف الاذن للزوجة فانه لا يتناول الا ذلك الخروج اذا ذون فيه عادة لان كل خروج الانيس صحيح فيه مثل اذنت لك ان تخرجي كلما اردت الخروج ونحوه فكان الاقتصار في هذا الوجود الصارف عن التكرار لان العرف في الكل على التفصيل المذكور بل سودى اللفظ ما ذكرنا وثبوت خلافه للصارف العرفي ثم ذلك المودى اللفظي في مثل ان خرجت الا باذني والا ان اذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك **قوله** ولو اراد ت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال لامرأته ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور الفور وبه ابو حنيفة رح باظهاره وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي ان يحلف مطلقا وموقتة وهي ان يحلف ان لا يفعل كذا اليوم او هذا الشهر فاخرج ابو حنيفة رح يمين الفور وهي يمين مؤبدة لفظا موقتة معنى تقييدا بالحال وهو ما يكون جوابا لكلام يتعلق بالحال مثل ان يقال لمقال تتغدى عندي فيقول ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لانه حين وقع جوابا تضمن اعادة ما في السؤال والسؤال الغداء في الحال فينصرف الحلف الى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحالي بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى من منزله من يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدأ لا مجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال فالفاؤه اولى من الغاء لفظ صحيح في معناه او ما يكون بناء على امر حالي كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث بان قصد ان يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكانه قال ان خرجت الساعة وسنه من اراد ان يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه فاذا ترك ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحنث لذلك بعينه وقال زفر يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه على كل هذا الخروج وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظي وهو القياس وجه الاستحسان ما ذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية **قوله** ومن حلف لا يركب دابة فلان اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغله وفرسه فلو ركب حمله او فيله لم يحنث وان كان اسم الدابة لما يدب على الارض لكن خصصه العرف بالركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الانواع الثلثة فيتقيد به وان كان الحمل ممن يركب ايضا في الاسفار وبعض الاوقات فلا يحنث بالحمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقر اذا نواه حنث والا لا وينبغي ان كان الحالف من البدو وان ينعقد على الحمل ايضا بلا نية لان ركوبها معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا حتما لا والمحلوف على دابة حمال دخل في يمينه بلا نية واذا كان يقتضي اللفظ انعقادها على الانواع الثلاثة فلو نوى بعضها دون بعض بان نوى الحمار دون الفرس مثلا لا يصدق ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ وسيأتي تمامه في الفصل الذي بعده ولو حمل على دابة ما لا يحنث على وزان ما تقدم في اول الفصل ولو حلف لا يركب مركبا فلا نية له يحنث بكل مركب سفينة او محمل او دابة ولو ركب دابة عبد ما دون المديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة الا ان ينوي دابة عبده فيحنث به الا اذا كان على العبد دين مستغرق فانه لا يحنث بركوبها وان نوى دابة العبد ايضا لانه لا ملك للمولى فيه عند ابي حنيفة رح واما انه لا يحنث بركوب دابة العبد وان لم يكن عليه دين اذا كان لكنه غير مستغرق الا ان ينويه فلان الملك فيه وان كان للمولى لكنه عرضت اضافته الى العبد

باب اليمين في الاكل والشرب

عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع وان باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترط المبتاع اخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر عنه عن عمر فاختلت اضافة المال الى المولى وان كان ملكا لتقصر الاطلاق عن تناوله الا بالنية وقال ابو يوسف في الوجوه كلها وهو ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق اذا نواه فتحقق خلافه لابي حنيفة رحمه الله فيما اذا كان عليه دين مستغرق ونواه فان عند ابي حنيفة لا يحنث لعدم ملك السيد لما في يده وعند ابي يوسف هو مملوك السيد وان استغرق فيحنث بنيته وقال محمد يحنث في الوجوه الخمسة وهي ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق او غير مستغرق لكن هي دابة العبد او لم ينو لاعتباره حقيقة الملك في الدابة المحلوف عليها اي انعقدت يمينه على كل دابة يملكها المحلوف على دابته وما في يد المأذون ملك السيد وان كان مديونا مستغرقا فيتحقق الحنث بركوبها وقول محمد هو قول مالك والشافعي واحمد والظاهر ان ابا حنيفة رحمه الله اشعر بالعرف شاهد له لقال هذه دابة عبد فلان او ملك دابة سيده فنصرت اليمين الى ما يضيفه المحلوف عليه الا الى ما يضيفه الملك اليه مع اضافة العرف اياه الى غيره واقل ما يجب اذا صارت هذه الدابة تضاف الى كل منهما ان لا تنعقد عليها الا بقصد بالانه ان نظر الى اضافتها اليه انعقدت عليها وان نظر الى اضافتها الى غيره لم تنعقد عليه فلا منعقد عليها الا ان ينويها غير انه يقبل اذا كان في نيته مستفتيا فانقطعت الاضافة الى السيد بالكلية لانعدام الملك لان العرف بالكان يضيفه الى السيد مع اضافة العبد اياه بكثرة فاذا انتفى الاول بقي الثاني والله اعلم

باب اليمين في الاكل والشرب

عقيب الخروج لان الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب اليه الاشارة بقوله تعالى فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه على ما يقال والاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ الى الجوف وان ابتلعه بلا مضغ والشرب ايصال بالا يتأتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ كذا في التجريد وذكر الزعفراني ان الاكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمضغ عبارة عن عمل اللهاة فعلى هذا لو كان في فمه شيء فحلف لا يأكل فابتلعه بمضغ ان لا يحنث وفي فتاوى ابي الليث ما يدل على انه يحنث وهو الصواب اذ لا شك في انه اكل اذا كان مما يمضغ على التفسير بايصال ما يحنث بمضغ الى الجوف ولا شك ان قوله عمل الشفاه انما يراد حركتها فهو في الكل فيلزم ان يحنث بابتلاع ما كان في فمه لانه لا بد من حركة لتغييبه وهذا لانه لا يمكن ان يراد من عمل الشفاه هيئتها والحق ان الذوق عمل الفم لمجرد معرفة الطعم وصل الى الجوف او لا وقيل فكل اكل ذوق وليس كل ذوق اكلا فيكون بينهما عموم مطلق ولا يخفى ان الاكل اذا كان ايصال ما يحنث يستلزم لم يكن عمل الفم معتبرا في مفهومه وان كان قد يتحقق معه فلزم ان بينهما عموما من وجه فيجتمعان في ايصال ما يمضغ فان المضغ عمل الفم اعني الحنكين وينفرد الذوق فيما لم يوصل والاكل فيما ابتلع بلا مضغ مما يحنث بمضغ ولا يعرف طعمه الا بالمضغ كقلب الجوز واللوز لكن في المحيط حلف لا يذوق فاكل او شرب يحنث ولو حلف لا يأكل او لا يشرب لا يحنث بالذوق وما روي هشام حلف لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو ان لا يوصل الى جوفه الا ان يتقدمه كلام مدخل عليه نحو ان يقول لقائل تغدى معي فحلف لا يذوق معه طعاما وشرابا فهذا على الاكل والشرب يدل على ان عدم الوصول الى الجوف مأخوذ في مفهوم الذوق فعلى هذا ينبغي ان لا يحنث بالاكل في الحلف على الذوق والذي يغلب ظنه ان مسئلة المحيط يراد بها الاكل المقرون بالمضغ او البلع لما لا يتوقف معرفة طعمه على المضغ لانا نقطع بان ابتلاع قلب لوزة لا يقال فيه ذاق اللوز

قال ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة تمرا على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فصار مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالبسر والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب ومن هذا اللبن فصار تمرا او صار اللبن شيرازا لم يحنث لان صفة البسورة والرطوبة داخلة في اليمين وكذا كونه لبنا يتقيد به وكان اللبن ماكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يتكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم فوق الكلام منهي عنه فلا يتبرر الداعي داعيا في الشرع

ولا يحنث بلبنها واذا حلف لا ياكل شيئا مما لا تاتي فيه المنفعة فخلته بغير ما يؤكل فاكله معه حنث ولو عنى به الذوق الاكل لم يصدق في القضاء ولو حلف لا ياكل سنبلا او رمانا فجعل لمصه ويرمي ثفله ويتلع المتحلل بالمص لا يحنث فان هذا ليس اكلا ولا مشربا بل مص ولو حلف لا ياكل لبنا فشربه لا يحنث ولو شربه فاوصله الى جوفه حنث ولو حلف لا يشرب لبنا فثرده فاكله لا يحنث ولو شربه حنث قيل هذا اذا حلف بالعربية فاما اذا حلف بالفارسية فانه يحنث مطلقا وهو الصحيح لان كلا من الاكل والشرب يسمى خوردن فاذا قال نمى خورم بالنية صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى ولو حلف لا ياكل هذا الرغيف محففة فدقه ثم مرسه بالماء فشربه لا يحنث ولو اكله مبلولا حنث والسويق اذا شربه بالماء يكون شربا لا اكلا فان بله بالماء فاكله حنث قوله ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها بالمشاكلة اي ما يخرج منها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل ومثله لا يحلف على عادم اكله لانه ممتنع الاكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب التصحيح كما مر العاقل صرفها الى ما يخرج منها تجوزا باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لما مر بسبب فيه لكن بالتغير بصنع جديد فلا يحنث بالبسر والخل والدبس المطبوخ واختاره عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فانه يحنث به كما يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجارو المطبوخ وهذا الان ما توقف على الصنعة ليس بما خرج مطلقا ولذا عطف عليه في قوله تعويلا كلوا من ثمره وما عملته ايديهم وقيل لان ما تحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى ان من المذكورة في كلامه داخلة على النخلة تعميمية لا ابتدائية نعم من المذكورة في التاويل اعني قوله لا اكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكانه اعتبر كالمذكور ومثله حلف لا ياكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فانه مما لعنب وهو ما يخرج بلا صنع عن انهاء نضج العنب ولانه كان منكما بين البشر بخلاف ما لو حلف لا ياكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لان حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب ثم انصراف اليمين الى ما يخرج في الحلف لا ياكل من الشجرة فيما اذا كان لها ثمرة فان لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به اي اذا اشتراها به اكلوا فرع حلف لا ياكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة اخرى فاكل من ثمرتلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث قوله وان حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا لو حلف لا ياكل من هذا الرطب فصار تمرا او من هذا اللبن فصار شيرازا اي رائبا وهو الخاثر او استخرج ماؤه فاكله لا يحنث لان الاصل ان المحلوف عليه اذا كان بصفة واعيته اليمين تقيد به في المعروف والمنكر فاذا زالت زال اليمين عنه والا لا لصلح واعيته اعتبر في المنكر دون العرف وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو الى اليمين بسبب الاطرحة وكذا صفة اللبنية فاذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فاكله اكل بما لم تنعقد عليه ويخص اللبن وجه ذكره بقوله ولان اللبن ماكول فلا ينعقد الا على عينه لا على بصيرورته لبنا لان الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا سمنه ولا زبده بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم منع الكلام معه منهي فلم يعتبر ما يحال داعيا الى اليمين من جهله وسوء ادبه اذا كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بان الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظر فيه بان الهجران قد يجوز او يجب اذا كان لعلمه بان كان يتكلم بما هو معصية او يخشى فتنته او فساد عرضه بكلامه فلا نسلم ان الشارع منع الهجران مطلقا حيث حلف لا يكلمه لا يحكم

ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست داعية الى اليمين فان الممتنع عند اكثر مشايخنا عن لحم الكبش قال ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا وبسرا فحلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فأكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب لان الرطب المذنب لا يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وكان الرطب المذنب لا يكون في نبه قليل البسر المذنب على عكسه فيكون كما لو أكل البسر الرطب وكل واحد مقصود في الاكل فلا شراء لانه بصاد والجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسرها رطب يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا فصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا

الا انه وجد المسوغ واذا وجد اعتبر الداعي فتقيد بصباه وشهيته وذكر ما فيه في المسئلة التي تليها قوله ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست داعية الى اليمين فلا يتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث بكبشا لوجود ذاته فيه فانا قلنا ليست داعية لان الصغر داع الى الاكل لا الى عدمه فالممتنع عنه مع صلوحه اشد امتناعا عنه كبشا وفي هذا نظر لان الحمل ليس محمودا في الضان لكثرة رطوباته زيادة حتى قيل فيه النجس من بين الجيدين بخلافه كبشا فان لحمه اكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته ومهما ركك الحالف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمرا لا يحنث واعلم ان ما يرد مثل هذا وما قبله في مسئلة لا اكلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسئلة ونسيان انها بنيت على العرف فيصرف اللفظ الى المتعاد في العمل والعرف في القول وان المتكلم لو اراد المعنى يصح ارادته من اللفظ لا يمتنع منه ففي مسئلة الحمل لعوام الفضولية وهو عندهم غذاء في غاية الصلاح ويديرك تحسنه الا فراد عرفوا شيئا من الطب فوجب بحكم العرف اذا لم يكن له نية ان يصرف اليمين الى ذات الحمل لانه لما كان صالحا في الغاية عند العموم لا يحكم على الفرد من العموم انه على خلافهم فينصرف حلفه اليهم فيلزم ان لا تعتبر الحلية قيدا وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية الى اليمين في حق العموم فينصرف الى ذاته وهذا لا ينفي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء ادب صبي علم انه لا يريد عند الاترك الكلام معه او علم ان الكلام معه يضره في عرضه او دينه فعقد يمينه في الاول على مدة كونه حملا وفي الثاني لمدة صباه فانا نقول لو اراد حالف تقييده بالحلية والصبا لم تمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها وانما الكلام اذا لم ينو شيئا فانما يسلك به بما علية العموم اخطاء افيه او اصابوا فليكن هذا سنك ببال فانك تدفع به كثيرا من امثال هذا الغلط المورد على الائمة **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر واليمين العقد على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا انها داعية لليمين **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا او رطبا او حلف لا يأكل بسرا ولا رطبا فأكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو مبدأ الارطاب من ذنبه فحنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث هكذا ذكر المصنف والخلاف والكثير كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافي الحاكم وشرح الطحاوي للاسبيجابي وشروح الجامعين والايضاح والاسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن حطار خلافه وذكر فيها قول محمد مع ابي حنيفة وصورة المسئلة اربع اتفاقيتان وهما ما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا او لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا يحنث اتفاقا وخلافيتان وهي ما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا وما اذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فانه يحنث في الاثنين عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ره وجه قول ابي يوسف ان البسر المذنب لا يسمى رطبا لان الرطب فيه مغلوب وان الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا يحنث ولهذا لا يحنث بشرائه يمينا في حلفه لا يشتري بسرا او رطبا ووجه قولهما ان اكل ذلك الموضع هو اكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لان اكل كل جزء مقصود لانه يضع ويتبع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فانه يتعلق بجملة المشتري عينا فيكون القليل منه تبعا للكثير فلا حنث عن لا يشتري رطبا واشترى كباسة بسرها رطب لا يحنث لان الشرار صادف المجموع فكان الرطب تابعا

قال ولو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم سمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان تسميته مجازية لان اللحم
مشتق من اللحوم والدم لكن وجه القياس ان كل لحم خنزير ولحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة الا انه حرام واليمين قد ينعقد للمنع من الحرام

وكذا لو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث وان حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد في كافيه وقد يقال لولا
التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فأكله وجده اما لو اكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت البقية في الاكل وثانيا هو بناء على
انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف والا فالرطب الذي فيه بقعة بسر لا يقال لآكله اكل بسرا في العرف فكان قول ابي يوسف
اقعد بالمبنى والله اعلم **قوله** ومن حلف لا يأكل لحما لم تنعقد يمينه على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطير مطبوخا ومشويا
وفي عنقه بالتي خلاف الاظهر لا يحنث وعند الفقيه ابي الليث يحنث فلو اكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث وهو رواية
شاذة عن ابي يوسف لانه سمى لحما في القرآن قال تعالى لتأكلوا منه لحما طريا اي من البحر وهو السمك وبه استدل سفيان لمن
استفتاه فيمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا فرجع الى ابي حنيفة تره فاخبره فقال ارجع فاسأله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على
الارض فانه فقال لا يحنث فقال اليس انه قال تعالى والله جعل لكم الارض بساطا فقال له سفيان كأنك لبسائل الذي سألتني
امس فقال نعم فقال له سفيان لا يحنث في هذا ولا في الاول فرجع عن ذلك القول وظهر ان تمسك ابي حنيفة انما هو بالعرف
لا باذكر ذلك في وجه الاستحسان ان التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقة لان اللحم مشتق من اللدم واللادم في السمك لسكونه
الماء ولذا حل بلا ذكاة فانه ينتقض بالالية تنعقد من الدم ولا يحنث باكلها لمكان العرف وهو انه لا يسمى لحما ولا تذهب اوهام
اهل العرف اليه عند اطلاق اسم اللحم وكذا لو قال اشتر لحما فاشترى سمكا عد مخالفا وايضا تمنع ان اسم اللحم باعتبار الانعقاد
من الدم بل باعتبار الالتحام والايمان لا تبنى على الاستعمال القرآني الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا او لا يجلس
على وتد فجلس على جبل لا يحنث مع تسميتهما في القرآن دابة واوتادا وهذا كله اذا لم ينو اما اذا نواه فاكل سمكا طريا او ما لحا حنث

قوله حلف لا يأكل لحما فأكل من مرقه لا يحنث الا اذا كان نواه **قوله** وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة الا انه حرام و
اليمين تنعقد على الحرام ومنعا وحملا وان وجب في الحمل ان يحنث بخلاف النذر للنص المذر في معصية الله تعالى ولان
يرد عليه ان الايمان تبنى على العرف ولا يذهب الاوهام في اكل اللحم الى اكل لحم الآدمي والخنزير وان سمي في العرف لحما وكذا لحم الخنزير لان
الواجب العرف في قولنا اكل فلان لحما فعلى ما في لا يركب دابة فلان اعتبر العرف في ركب فان المتبادر من ركوب هذه الانواع فيتقيد
الركوب المحلوف عليه به ثم نقل العتابي خلافه فقال قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغي ان لا يحنث لان اكله ليس بمتعارف وهذا مبني
الايمان على العرف قال وهو الصحيح وفي الكافي عليه الفتوى وما قيل العرف العملي لا يقيد اللفظ غير صحيح وقد قدمناه في نكاح الفضولي
ردا على الصاحبين وادرد ان الكفارة فيها معنى العبادة فكيف يجب بفعل هو حرام محض واجيب بان العمل والحرمة انما تغايرا عيانا في السبب
والسبب في وجوب الكفارة اليمين وان كان متعلقا باليمين والحنث وانما علق بها حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وان كان السبب
هو اليمين وحده ليكون سببا للكفارة موصوفا بالاباحة والحرمة والاباحة لليمين والحظر للحنث وهذه الغرابة عن المذهب الجمع على تقدير ان السبب
هو الحنث وكونه اليمين مذهب الشافعي والقاضي اشترط عليه وكان يغني عن التهالك في اثباته فيما تقدم تسليم ان اليمين سبب ولكنا نشترط
لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر وج لا خلاف بيننا وبينهم ويوجب بطلان ما التفقوا عليه في الجواب من ان الاضافة في كفارة اليمين

[illegible] وكذا اذا اكل كبدا او كرشا او ريته او قلبا او طحالا يحنث لان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه بعد لحما قال في الخلاصة بذا في عرف اهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث وذكره في المحيط ايضا ولو اكل الراس والاكارع يحنث وبه قال الشافعي في الاصح ولا يحنث باكل الشحم والاليه الا نوادر في اللحم بخلاف شحم الظهر حنث به بلانية لانه تابع اللحم في الوجود ويقال في العرف لحم سمين **قوله** ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار فلزم كونه من نفس سماه ولذا استثنى في قوله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما ظهرت ظهورهما فحنث به ولابي حنيفة ان اللحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم في اتخاذ الوان الطعام والقليا فيجعل قطعا ويلقى فيها ليوكل اكل اللحم ولا يفعل ذلك بالشحم ويحصل به قوته ولذا يحنث باكله في اليمين على ان لا ياكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على ان لا يبيع شحما والقاطع ينفي قولهما ان العرف لا يفهم من اسم الشحم الا ما في البطن وهو الذي يسمى بائعه شحاما في العرف وبائع ذلك يسمى لحاما والايمان لا يبتنى على الاسماء الشرعية فلا يضر تسميتها شحما في آية الاستثناء وقول بعض الشارحين شحم الظهر اما الاليه او لحم او شحم لا قائل انه اليه وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم وايضا يقال لشحم الظهر لحم الظهر فتعين انه شحم فيحنث باكله بعد ما ذكرنا لا يقيه على انا نمنع كونه ليس بلحم والاستدلال عليه بانه يذوب معارض بانه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا وبه يلزم كون المذوب ليس لازما مختصا واللوازم جاز كونها مساوية للملزوم او كونها اعم سنه فتشترك الانواع المتباينة في لازم واحد فجاز كون المذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك وكذا منع انه ان لا يقال له لحم الظهر بل نقطع انه يقال له لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر او من الظهر لم يعد مخطئا ولذا صحح غير واحد قول ابي حنيفة وذكر الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الاصح وما في الكافي من قوله فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن ففي شحم البطن يحنث بالاتفاق والثلاثة على الاختلاف لا يخلو اما ان نظر بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث بما في العظم قال الامام السرخسي ان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم انتهى وكذا لا ينبغي خلاف في الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف في تسمية شحما **قوله** وقيل هذا اي الخلاف فيما اذا قال بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث اذا عقد بالفارسية بان قال نميخورم بيه ثم اكل شحم الظهر **قوله** ولو حلف لا ياكل او لا يشتري لحما او قال شحما فاشترى اليه او الكبد او الكرش لا يحنث لانه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم والحق انه لا يحنث به في حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية والا في يمين الشحم خلافا لاحمد رح للعرف او للعادة واما انه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر الا ان يراد جميع استعمالاته **فروع** حلف لا ياكل لحم شاة فاكل لحم عنزة يحنث وقال ابو الليث رضي الله عنه لا يحنث مصريا كان الحالف او قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف فيه ولو حلف لا ياكل لحم بقر فاكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لانه نوع لا يتناول الاعم وفي فتاوى قاضي خان ينبغي ان

وبستعمل ستعمل بعد فوقد ولذا حنث بأكل في اليمين على أكل الحنطة لا حنث بجيد في اليمين على جيد الشعير وقيل هذا اذا لم يسم
بالفارسية لا يقع على خبز الظهيرة ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحما أو خبزا فاشترى
الية واكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم

لا يحنث في الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو حلف لا يأكل طعاما سماه فضمخه حتى دخل جوفه من مائه ثم القاه لا يحنث
ولو غمس خبزا في العنب فان رمى القشر واكل اللب وابتلع الماء لا يحنث وان رمى قشره فقط وابتلع الماء واللب
حنث لانه اكل الاكثر ولو حلف لا يأكل شيأ من الحلواء فاكل شيأ مما يتخذ من الحنيص والعسل والسكر والثالث حنث ذكره في الاصل قال
الامام النسفي في شرح الشافي هذا في عرفهم اما في عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والحنيص ولو حلف لا يأكل طعاما فاكل طعاما لا يحنث كمن
حلف لا يأكل الفلفل فاكل طعاما فيه فلفل ان وجد طعم الفلفل يحنث والفقيه يفرق بين الملح والفلفل في الفلفل يحنث لان عينه غير
مأكول فتضاف اليمين الى ما يتخذ فيه بخلاف الملح فلا يحنث بما لم يأكل عينه مفردا او مع غيره الا اذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه الى الطعام المالح
فيقبل الفقيه يفتى وفي الخلاصة فيمن حلف لا يأكل من ملح فتته فاخذ ماءه وطعامه او جعلها في العجين لا يحنث لانه تلاشى ولو حلف لا يأكل لبنا
فطبخ بارزفا فاكل ذكر النسفي لا يحنث وان رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء وفي مجموع النوازل اذا كان ترى عينه ويوجد
طعمه يحنث ولو حلف لا يأكل زعفرانا فاكل كعكا على وجهه زعفران يحنث ولو حلف لا يأكل هذا السمن فجعله خبيصا ان اكله كله يحنث
الا اذا وجد طعمه ولم ترعينه فلا يحنث وكذا هذا التمر فجعله عصيدة فاكلها لا يحنث وفي اكل السكر لا يحنث بمص ماءه ولا يأكل
لحما يشتريه فلان فاكل من لحم سخلة اشتراها فلان لا يحنث وعلى ان ليس من في بيته مرقة وفي بيته قميلة لا يعلم
اذا علم بها او كثيرة فاسدة لا يحنث ولا يأكل من هذا القدر وقد عرف منه شيء قبل اليمين لا يحنث باكله كما لو سخنت
المحلوف على طعامها ملحة غيرها وفي التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بايقاد النار وقيل لو او قد غيرها فوضعت
فيه القدر لا يحنث انتهى وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الايقاد كذلك ومثله يسمى صبي الطباخ ومعينه
والطباخ والمركب يوضع التوابل وان لم يوقد وفي المنتقى عن محمد حلف على ما لا يؤكل ان لا يأكله فاشترى به ما يؤكل فاكله
حنث ولو حلف على ما يؤكل فاشترى به ما يؤكل فاكله لا يحنث وعقد اليمين في الاول على بدله حلف لا يأكل مما يملكه فلان
فاكل منه بعد خروجه عن ملكه لا يحنث وكذا اما اشتراه او اباحه فاكله وكذا من ميراثه اذا اخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله بخلاف مازرع
فلان يحنث به عند الزارع ومن اشترى منه لان الزرع لا ينسخه الشراء اما لو اشترى شخص ذلك الزرع فحبذره واكل منه لا يحنث
ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فاكل يحنث وكذا من كسب فلان فاكتسب فمات فورث عنه فاكله حنث ولو انتقل بشراء
او هبة او وصية ونحوها لم يحنث ولا يشترى ثوبا مسه فلان فمسه فباعه منه حنث حلف لا يأكل حراما فاشترى بدرهم
غصب طعاما فاكله لا يحنث لما عرف ان الثمن انما يثبت في الذمة فيصير عليه ثم الدرهم اما لو اكل خبزا غصبه حنث ولو
اشترى بذلك الخبز لحما لا يحنث يعني اذا اكل اللحم ولو اكل لحم كلب او قرد لا يحنث عند اسد بن عمرو قال نصير به ناخذ
وقال الحسن كله حرام وقال الفقيه ابو الليث ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراما مطلقا وهو حسن ولو اضطر لاكل الحرام
او الميتة اختلفوا والمختار يحنث وعن محمد روايتان ولو كان المغصوب بيرا فطحنه ان اعطى مثله قبل ان يأكله لم يحنث وان
اكله قبل ذلك حنث لان الحرمة ثابتة ما لم يود الضمان وفي الاجناس المعتوه او المكره اذا فعلا شيأ حراما فهو ليس بحلال

ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة فجعلت دقيقا ثم خبزا لم يحنث عند ابي حنيفة لانه لا يأكل من عين ما حلف
ولا ان الاكل من عين ما حلف لا يفهم منه عرفا لان حقيقته وان كانت مستعملة فانها تعارفها الناس في كل تقضمها وهي قاصرة على المجاز المتعارف فحملوا عليه ولو قضمها حنث عند هما وهو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حنث ايضا
قال ولو حلف لا يأكل من هذه الحنطة فاكل من خبزها حنث لانه عينها غير ما كول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو الحنث هو التعيين
الا ترى انه لو حلف لا يأكل خبزا فنبذه على ما جرت عادة اهل المصر اكل خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المتعارف في غالب البلدان ولو
اكل من خبز القطائف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه وكذا اذا اكل خبزا لا ذرة الا اذا نوى لانه غير معتاد عند هم حتى لو كان ببلدة او في بلدة طعامهم ذلك يحنث

فيما ولو اكل من الكرم الذي رفعه معاملة لا يحنث اما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لانه عقد فاسد فانما اكل ملك نفسه قوله
ومن حلف لا يأكل هذه الحنطة يعني ولا نية له لم يحنث حتى يقضمها غير نية ولو قضمها بنية لم يحنث وكذا لو اكل من خبزها او دقيقها
او سويقها وهو قول الشافعي رحمه الله لان اكل من خبزها حنث ايضا لان الاكل من خبزها مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة ان الحقيقة
مستعملة يعني يستعمل لفظ اكل الحنطة حقيقة اي في معناه الحقيقي وهو ان يأكل بعين الحنطة فانه معنى ثابت فان الناس
يقلون الحنطة ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف بلادنا بليلة وتقلى اي توضع جافة في القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد
حقيقة القضم بخصوصها وهو الاكل باطراف الاسنان بل ان يأكل عينها باطراف الاسنان او بسطوحها فاذا ثبت اللفظ حقيقة
تستعمل فهو اولى عند ابي حنيفة من المجاز المتعارف وهو ان يراد بأكل الحنطة اكل خبزها وعلى هذا اذا حلف لا يأكل من
هذه البقرة او الشاة فاكل لبنها او سمنها او زبدها او من هذه البيضة فاكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها
اذا كان ما كولا وهما يعكسان هذا الاصل ويريان المجاز المتعارف اولى ويرجح قولهما بان المتكلم انما يريد العرف فاذا لم يكن له نية انصرف
اليه بخلاف مسئلة البقرة والبيضة فانه ليس اللفظ مجازا اشتهر فترجح على الحقيقة والذي يغلب ان المتعارف والاكثرية وجود المعنى
وهو نفس فعل الاكل خبز الحنطة لا استعمال لفظ اكلت اليوم الحنطة او هذا اكل حنطة فيه بل لفظة اكلت حنطة يحتمل ان يراد به اكلت
عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيرجح قول ابي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز للقلة الكثرة المعنى لوجوب الكثرة اللفظ الذي يدل به عليه
لانا نقول لا يلزم ذلك الا اذا لم يكن الا لفظ واحد يدل به وليس هنا كذلك لانه يقال اكلت خبز الحنطة ويقال اكلت الحنطة
بل الان لا يتعارف في اكل الخبز منها الا لفظ اخر وهو اكلت الخبز اللهم الا ان ينوي اكل الخبز فحينئذ به لا بالقضم او القضم فلا يحنث
باكل الخبز اتفاقا ولو قضمها حنث عندهما كما يحنث بخبزها وقضم يقضم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل وقوله وهو الصحيح احتراز
عن رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها وصححها في الذخيرة ورجح شمس الائمة وقاضي خان رواية الجامع انه يحنث قال المصنف واليه
الاشارة بقوله في الخبز يحنث ايضا فانه يفيد انه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل يكون من عموم المجاز كمن حلف
لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول زعما لجعله مجازا في الدخول ولو اكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لابي يوسف فيحتاج
ابو يوسف الى الفرق بين الخبز والسويق والفرق ان الحنطة اذا ذكرت مقرونة بالاكل يراد بها الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم
المجاز وهذا الخلاف اذا حلف على حنطة معينة اما لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي ان يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الاسلام ولا يخفى انه تحكم
والدليل المذكور متفق على ايراده في جميع الكتب فيعم المعينة والنكرة وهو ان عينها ما كول قوله ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق
فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ما كول فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه فحنث بعصيدة وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصا اخاف ان يحنث
فلو سئف منه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مرادا في العرف فلا يحنث بغيره الا ان ينويه واذا نواه لا يحنث باكل الخبز قوله وهو الصحيح
احتراز عن قول من قال يحنث لانه حقيقة كلامه قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين ارادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لامنبيته ان كلمتك
فعبدي حر فرآني بحالا يحنث لانصراف يمينه الى العقد فلم يتناول الوطي الا ان ينويه قوله ولو حلف لا يأكل خبز فلينة على ما يعتاده اهل بصره

ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من غيره فيكون على الحقيقة وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهل يحنث باعتبار العرف هذا الان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لانه تشديد او ان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولا يحنث بما طبخ او من حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في السوق يقال يكبس في الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل راسا فهو على رؤس الابل والبقر والغنم عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه مقصورا عليهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر

خبز اذ ذاك خبز الخشكنة والشعير لانه المعتاد في غالب البلدان ولو كان اهل بلدة لا يعتادون اكل الشعير لا يحنث به ولو اعتادوا خبز الذرة كما لحجاز واليمن حنث بالكل والتفاصيل ينبغي ان يحنث باكل الكعك لانه خبز وزيادة فالاختصاص باسم الزيادة لا للنقص ولا يحنث بالثريد لانه لا يسمى خبزا مطلقا وفي الخلاصة حلف لا يأكل من هذا الخبز فاكله بعد ما تفتت لا يحنث لانه لا يسمى خبزا او لا يحنث بالعصيدة والطبلاج ولا يحنث لو دقه فشربه وعن ابي حنيفة رح في حيلته اكله ان يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا ولا يحنث في خبز الارز الا ان يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة اليها طبري وهو اسم آمل واعمالها قال السمعاني سمعت القاضي ابا بكر الانصاري ببغداد يقول الناهي تبرستان لان اهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان وقال القتبي طبرستان معناه بالفارسية اخذ الفاس بيده اليمنى والمراد بالفاس الطبر وهو سعف التبر وهذا لا ينافي ما قاله السمعاني بقليل تامل قال العبد الضعيف اعزه الله وابقاه للمسلمين وقد ثبت لوان بدويا اعتاد اكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتادين اكل خبز الخشكنة واستمرء ولا يأكل الا الشعير فحلف لا يأكل خبزا فقلت يتعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لانه لم يتعقد على عرف الناس الا اذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فيصرف كلامه اليه لذلك هو منتف فيمن لم يتعاطه اهل هو مخالف لهم **قوله** ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر المشويين لانه يراد به في العرف ذلك عند الاطلاق الا ان ينوي غيره ذلك كما لو نوى من بيض او غيره ذلك كبقول الاخضر الذي يسمى في عرفنا شواء العرب في قولنا في ذلك قول احمر عجم **قوله** ولو حلف لا يأكل المطبوخ فهو على ما يطبخ من اللحم يعني بالماء حتى ان ما اتخذ قليته من اللحم لا يسمى طبيخا فلا يحنث به وهذا استحسان بالعرف لان التعميم متعذر لان الدواء مما يطبخ وكذا القول الذي يسمى في عرفنا القول الخار ولا يقال لا كله اكل شيخا فينصرف الى خاص هو احص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف الا ان ينوي غيره من الباذنجان ومما يطبخ فيحنث به وهذا يقتضي ان لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفي الخلاصة يحنث في الارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت او سمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على الشحم ايضا ولا شك ان اللحم بالماء طبيخ وانما الكلام في انه هو المتعارف فظهر انه لا يختص به ولو اكل من مرق اللحم حنث قال المصنف فيما مر من احزاء اللحم وهذا يقتضي ان من حلف لا يأكل لحما فاكل المرق الذي طبخ فيه اللحم حنث وقدمنا من المنقول خلافه والوجه ما ذكره ثانيا من قوله ولانه يسمى طبيخا يعني في العرف بخلاف مرق اللحم فانه لا يسمى لحما في العرف **قوله** ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير في تلك البلدة ويباع فيها من رؤس الابل والبقر والغنم وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل راسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر فكان العرف في زمنه قاصرا عليهما ثم صار في البقر والغنم فرجع ابو حنيفة رح عن قوله الاعتقاد في حق رؤس الابل وفي زماننا في الغنم خاصة فوجب على المفتي ان يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو في مختصر القدوري واوردان العادة كما هي في الرؤس مقتصرة على رؤس الغنم او البقر معها كذلك في اللحم مقتصرة على لحم ما يكل اذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمي والخنزير واكله مع ان اليمين تنعقد باعتبارهما فحنث باكل لحمهما اذا حلف لا يأكل لحما اجيب بان الاصل في جنس هذه المسائل انه يجب العمل بالحقيقة يعني اللغوية فان لم يمكن وجب اعتبار المتعارف ح واللحم يمكن فيه اكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الرؤس لا يمكن اكل

ل ... ب لا يأكل فاكهة فأكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ... وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اى ... ويزيد على المعتاد ولا يقصد به الشبع فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا او لا يحنث يابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواته فيحنث ... فيحنث في اقتناء واتى اكلها من الجوز واللوز يعتادا وكلا فلا يحنث بما واما العنب والرطب والرمان فمما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعم الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة رحمه الله يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها ... فلم تكن فاكهة والتفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات

ومن حلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا اكل

حقيقتها اذ هي نوع العظم مع اللحم فيصير الى المتعارف ونقض بالشراء فانه يمكن في الرؤس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشراء على العموم فيها اجيب بالمنع بل من الرؤس ما لا يمكن بيعه كرؤس الآدمي وبهذا خرج الجواب عما اورد على مسئلة الحلف لا يركب دابة انه لا يحنث اذا ركب كافرا او هودابة حقيقة فانه يمكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه فان امكان العمل بحقيقة عمومه منتف اذ من الدواب النملة وما هو اصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير الى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم من ان المتكلم انما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب فوجب عند عدمه بقيته ان يحكم بان المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح التتابي وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنث وليس الانبار على هذا الاصل المذكور ولو كان هذا الاصل المذكور مشروطا فيه لما تجاسر احد على خلافه في الفروع **قوله** ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والاجاص والكمثرى وهذا التفصيل عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل المتفق عليه ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده ان يتنعم به زيادة على المعتاد من الغذاء الاصلي ولهذا يقال النار فاكهة الشتاء والمزاج فاكهة والرطب واليابس فيه اى في معنى التفكه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا في الحالين فان فحصت العادة التفكه باحدى الحالتين دون الاخرى كالبطيخ فانها خصت التفكه به في حال رطوبته دون حال يبسه لم يحنث باكله يابسا وهذا المعنى اى معنى التفكه بان يوكل زيادة على الغذاء موجود في التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث بها اتفاقا وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنث بهما اتفاقا واما العنب والرطب والرمان فهي محل الخلاف فوجه قولهما ان معنى التفكه موجود فيها بل هي اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها وابو حنيفة يقول هي مما يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة تتبع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن ولا ينكر انها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث باحدها الا ان ينويه فيحنث بالثلثة اتفاقا ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان ومن الاقوات هي التمر والزبيب والمشائخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زماننا لا يعد ومنها من الفواكه وافتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فافتيا به فان قيل الاستدلال المذكور لابي حنيفة يخالف هذا الجمع فان مبنى هذا على العرف والاستدلال المذكور صريح في ان مبناه اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولا شك ان ذلك لغة والتفكه بالشئ ما يتنعم به زيادة على المحتاج اليه اصالة وهذا معنى اللغة واستعمال العنب واخويه ليس كذلك دائما فقصر المزاحكم الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما فان قيل وفيه دليل على ما ذكرتم انفا من ان المعتبر اللغة الا ان لا يكون فيعتبر العرف فان هذا يدل على عدم اعتبارهما ذلك فالجواب انه غير لازم لجواز ان يمنعها كون الاستقبال به احيانا بالنسبة الى بعض الناس يوشر في نقض كونه مما يتفكه به **قوله** ومن حلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به فهو ادام كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لانه يأول الى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز واصطبغ مبني للمفعول وهو افتعال من الصبغ ولما كان ثلاثيه وهو صبغ يتعدى الى واحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لانه لا يصل الى المفعول به بنفسه حتى يقام مقام الفاعل اذ ابنى الفعل لما قام مقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلذا يقال اصطبغ به ولا يقال اصطبغ الخبز وما يصبغ

ایلیق ولذا قالوا لو حلف لا یاکل ادما فاکل خبزا وسمنا حنث لان الادام من شانه ان یؤکل مع الخبز موافقة وکل ما یؤکل مع الخبز موافقة لکنه لا یلیق بکل ادم ان لا ادم لا یؤکل مع کل خبز وبینهما تفاوت لان الادم ما یؤکل لا لاصلاح غیره لیکون تابعا له وذلک ان لا یؤکل علی الانفراد عادة تمام الموافقة لیتناول ما یؤکل مع غیره من المائعات لا یؤکل وحده اصلا ولا یشرب والمائع لا یؤکل بالانفراد عادة ولا یشرب فیکون متعاطیه لاعبا ومما یبین ما قلنا ان الادم لا یؤکل وحده اصلا لما فیه من التشریب والعسل والبطیخ لیس بادام هو الصحیح

الخبز مما جسمه کجرم الخبز وهو بحیث یؤکل وحده ولیس بادام کاللحم والبیض والتمر والزبیب وهذا التفصیل عند ابی حنیفة وابی یوسف وقال محمد ما یؤکل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو روایة عن ابی یوسف وقول الشافعی واحمد والحاصل ان ما یصبغ به کالخل وما ذکرنا ادام بالاجماع وما یؤکل وحده غالبا کالبطیخ والعنب والتمر والزبیب واشباهها لیس ادما بالاجماع ای بالاتفاق علی ما هو الصحیح فی البطیخ والعنب کما ذکره المصنف خلافا لما قیل انهما علی الخلاف ومن صحح الاتفاق شمس الائمة وفی المحیط قال محمد التمر والجوز لیسا بادام وکذا العنب والبطیخ والبقل وکذا سائر الفواکه ولو کان فی بلد یؤکل کان تبعا للخبز یکون ادما اما البقول فلیست بادام بالاتفاق لان اکلها لا یسمی موتدما اما قد یقال فی اهل الحجاز بالنسبة الی اکلهم الکراث وعند الشافعی البقول والبقل وسائر الثمار ادام وفی التمر عنده وجهان فی وجه ادام لما روی انه علیه السلام وضع تمرة علی کسرة وقال هذه ادام هذه رواه ابو داود وفی آخر لیس ادما لانه فاکهة کالزبیب واختلفوا فی الجبن والبیض واللحم فجعلها محمد ادما لانها لا تؤکل وحدها غالبا فکانت تبعا للخبز وهو آیة له والمراد منه الموافقة ومنه قوله صلی الله علیه وسلم للمغیرة حین خطب مرآة لو نظرت الیها فانه احری ان یؤدم بینکما ای یوفق فما یؤکل غالبا تبعا للخبز موافقا له ادام والجبن ونحوه کذلک ویؤیده ما روی عنه علیه السلام سید الادام فی الدنیا والآخرة اللحم وقال سیدا ادامکم اللحم رواه ابن ماجة ویقال ان ملک الروم کتب الی معاویة ان ابعث الی بشر ادام علی یدی بشر رجل فبعث الیه جبنا علی ید رجل یسکن فی بیت اصهار وهو من اهل اللسان ویقول محمد اخذ الفقیه ابو اللیث ولهما ان الادام ما یؤکل تبعا فما یؤکل وحده ولو احیانا لیس ادما وهذا لان من المؤادمة وهی الموافقة وذلک بان یصیر مع الخبز کشیء واحد وهو بان یقوم به مقام الصبغ بالثوب وهو ان یغمس فیه جسمه اذ حقیقة القیام غیر مراد فان الخل ونحوه لیس عرضا یقوم بالجوهر والاجرام المذکورة من البیض وما معه لیس کذلک فلیست بادام ویرد علیه انه ان اعتبر فی مسمی الادام ما یحنث یؤکل تبعا للخبز موافقا سلمناه ولا یستلزم نفی ما ذکر لانه کذلک وان اعتبر فیه کونه لا یؤکل الا تبعا منعناه نعم ما لا یؤکل الا تبعا موافقا اکمل فی مسمی الادام لکن الادام لا یخص اسمه الاکمل منه واستدل لابی حنیفة وابی یوسف ایضا بانه یرفع الی الفم وحده بعد الخبز او قبله فلا یتحقق التبعیة بخلاف المصطبغ به واجیب عن الحدیث بان کونه سید الادام لا یستلزم کونه ادما اذ یقال فی الخلیفة سید العجم ولیس هو منهم واما حکایة معاویة فیتوقف الاستدلال بها علی صحتها وهی مبعدة منها اذ یبعد لامام عالم ان یتکلف ارسال شخص الی بلاد الروم ملتزما لمؤنته لغرض محل لکافر والسکنی فی بیت الصهر فقط لا یوجب ان یکون الساکن اشر رجل فآثار البطلان تلوح علی هذه القصة ودفع الاستدلال لهما بان المعتبر التبعیة فی الاکل والاکل هو فعل الفم والحلق وهما مختلطان فیه ثمة وتحصل التبعیة ح ویدفع بان التبعیة فی الفم بعد رفع کل علی حدته تحکم اذ هما فیه اذن جسمان متکافیان لا یکون احدهما تبعا للآخر بخلاف ما وقع صبغا للخبز فان المقصود به سد الجوع بالخبز لا بالصبغ واما الجسمان المتکافیان فکل ما یصلح لرفع الجوع غیر مفتقر

واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا يسمى الظهر احدى صلاتى العشاء في الحديث والتعشي من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ما خوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء

الى الآخر في رفعه قال التمرتاشي وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل الا رغيفا فاكل سمسما البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد رح قوله واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء بفتح العين والمد من صلوة الظهر الى نصف الليل وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به فان الغداء والعشاء اسم لما يؤكل في الوقتين لا للاكل فيهما فالوجه ان يقال فالتغدي الاكل من طلوع الفجر والتعشي الاكل من الظهر الخ لان ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين ولهذا سمى الظهر احدى صلاتى العشي في الحديث اذ في الصحيحين من رواية ابي هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتى العشاء وفسرت بانها الظهر في بعض الروايات هذا وتفسير التغدي بالاكل من الفجر الى آخره مذكور في التجريد وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها السحر بعد ذهاب ثلثي الليل وبه افقه راعن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث قال الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال الى ان يمضي اكثر الليل ووقت السحور من مضي اكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا في عرفهم واما في عرفنا وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى فعرفهم كان موافقا للغة لان الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال اوله فالاكل فيه تغد وقد اطلق على السحور غدائي قوله عم لعرباض بن ساوية هلم الى الغداء المبارك وليس الاحجاز القربة من الغداة وكذا السحور لما كان لا يؤكل في السحر والسحر من الثلث الاخير سمي ما يؤكل في النصف الثاني لقربه من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه التسحر والتضحي الاكل في وقت الضحى وسمي الضحاء ايضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلوة الى ان تزول واصل هذه في مسائل القضاء قال الخشني فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين يبيض الشمس الى ان تزول وان قال عند طلوع الشمس او حين تطلع فله من حين تطلع الى ان يبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلوة عند طلوع الشمس والنهي يمتد الى ان يبيض والمساء مساآن احدهما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فايهما نوى صحت نيته وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على المساء الثاني وهو ما بعد الغروب. وذكر الوالجي والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلوة الى نصف النهار والتضحي ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحوة يعني الكبرى لانه من الاصباح وبهذا يعرف بتسمية اهل اللغة ولو حلف ليأتينه غدوة فهذا من طلوع الفجر الى نصف النهار قوله ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وكذا السحور فلو اكل لقمة او لقمتين او اكثر مما لم يتبع نصف الشبع لا يحنث لانه بحلفه ما تغديت وما تعشيت ولا تسحرت ويروى انه صلى الله عليه وسلم قال في رواية الترمذي تعشوا ولو بكف من حشف فان ترك العشاء مهرمة ومعلوم ان كف من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع واجيب بان العرف الطاري يفيد انه مع الشبع للقطع بقولهم ما تغديت اليوم او ما تعشيت البارحة وان كان الاكل لقمة او لقمتين وكذا المعتبر في الغداء والعشاء في حق اهل كل بلدة ما هو غالب اكلهم فلو كان عادتهم اكل الخبز في الغداء والتمر او اللبن ينصرف اليه حتى ان المصري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي يحنث لان غداء اهل البادية ولو اكل غير الخبز من ارز او تمر او غيرهما حتى شبع مما هو غير معتاد التغدي به لم يحنث ايضا قوله ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء من الملبوس او المأكول او المشروب لم تصح نيته لانه في القضاء ولانه يمينه ومن اعتد قوله في اي شيء اكل او لبس او شرب حنث

لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تعمل في الملفوظ والثوب مما يضاف كعينه غير مذكور تعميما والمقتضى كالعموم له فلغت نية التخصيص منه

عند الشافعي تصح نيته ديانة وهو رواية عن ابي يوسف واختاره الخصاف لان النية انما تصح في الملفوظ لتعيين بعض محتملاته والثوب في ان لبست والمأكول والمشروب في ان اكلت او شربت غير مذكور تعميما لم تصادف النية محلها فلغت فان قيل ان لم يكن مذكورا تعميما فهو مذكور تقديرا وهو كالمذكور تعميما اجاب بان تقديره لقصرة اقتضاء الاكل ما كولا وكذا اللبس والشرب والمقتضى لا عموم له عندنا ولان تقدير الضرورة يقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام الصحيح لا تتوقف على اضمار كل لاعلى ما كول هو كذا فالصحيح ارادته فمبنى الخلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي رحمه الله في ان المقتضى كالعموم له او كالعموم على ما ذكرنا والوقال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا وقال نويت شيأ دون شيء فانه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه لفظ لانه ذكر لفظا عاما قابلا للتخصيص فصحت نيته وهذا لانه نكرة في سياق الشرط فتعم لما الها الى كونها في سياق النفي بسبب ان الشرط المثبت في اليمين اصلح ان يكون على نفيه لان المعنى في لبس ثوب نكرة انه قال لا البس ثوبا الا انه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضي منه فان قيل سميت بر تخصيصا للمصدر الدال عليه بالفعل فانه مذكور بذكر الفعل على ما عرف في الطلاق اجيب بان المصدر ليس ضروري للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم وهذا بخلاف ما تقدم في مسئلة طلقي نفسك حيث جعل المصدر مذكورا بذكر الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلث بل الحق على هذا انه عام واذا قيل كما قلتم في قوله ان خرجت فعبدي حر ونوى لسفر مثلا يصدق ديانة فلا يحنث اذا خرج الى غيره وتخصيصا للفعل اذ الخروج بخلاف ما لو نوى اذا خرج الى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح لان المكان غير مذكور فكذا ما يراد تخصيص فعل الاكل وكذا قولكم فيما اذا حلفه لا ساكن فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد انه يصح وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل قلنا ذلك المصدر وان عم بسبب انه في سياق النفي لان الفعل في سياقه لكنه لا يقبل التخصيص لان عمومه ضروري تحقق الفعل في النفي فانه لا يتحقق في محله الخاص اعني مبدئه لانه لا اكل الا يتحقق ذلك المصدر هناك وما ليس ثبوته الا ضروريا امر لا يثبت باعتبار غيره ولا يثبت ما هو لازم عليه وسلمنا ان من ضرورة ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر العام وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله بخلاف ان اكلت اكلا فان الاسم المذكور صريحا فيقبل نية التخصيص ولا يشكل الفرق لان اكلا المذكور ليس عين اكل النفي للفعل الضروري الثبوت فقام المذكور مقام الاسم وقبل التخصيص واما مسئلة الخروج فقد انكرها القضاة الاربعة القاضي ابو الهيثم والقاضي ابو عاصم والقاضي التميمي وابو طاهر الدباس وحملوا ما روي عن محمد فيها على ما لو قال ان خرجت خروجا منكرا منها سقطت من الكاتب ومن التزمها اجاب بان الخروج في نفسه متنوع الى سفر وغيره حتى اختلفت احكامها فتقبل اذا نوى احد نوعيه وبه اجيب عن مسئلة المساكنة فانها متنوعة الى كاملة وهي المساكنة في بيت واحد ومطلقة وهي ما يكون في دار فاراد بالمساكنة في بيت اراد احض انواعها وبهذا خلاف ما اذا حلف لا يغتسل او لا ينكح ثم قال عنيت من جنابة او امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة لان الاغتسال غير متنوع لانه عبارة عن امرار الماء والتنوع في اسبابه وكذا لا يسكن دار فلان وقال عنيت باجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بان استأجرها منه او استعارها فانه يحلف فينوي السكنى بالاجارة او الاعارة لا يصح حتى لو سكنها بغير اجر حنث بخلاف ما لو حلف لا يسكن دارا فاشتراها فلان وسكنى اشتراها

ان قال ان اكلت طعاما او شربت شرابا اليوم بدينار فى القضاء خاصة لانه لا يكون محل الشرط فتجب فعملت النية التخصيص فيه لانه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء

لنفسه فانه يصدق لانه احدى نوعى الشراء لانه متنوع الى ما يوجب الملك للمشترى وما يوجبه لغيره فيصح نية احدى النوعين بخلاف السكنى نفسها لا تتنوع لانها ليست الا الكينونة فى الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة لانها لم تذكر بخلاف الجنس وكذا الوحلف لا تتزوج امرأة ونوى كوفية او بصرية لا يصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية الوعربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص من حيث المعنى لان الاختلاف بالنسبة الى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة الى البلاد اختلاف بالصفة وكان السر فى ذلك والله اعلم ان ذكر لفظ امرأة او رجل عين ذكر ولد لاب الى آدم فكانه قال كل من لها ب من ولد آدم واراد بعض الآباء دون بعض وليس العنات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وان كان لا يخلو الوجود عن صفة فشيوعها تقتضى الوجود بلا لفظ والحق ان الاحوال الخارجية لا تصور ان تكون الا نوعا واحدا لا فرق فى ذلك بين الغسل ونحوه وبين الخروج ونحوه من الشراء فكما ان اتخاذ الغسل بسبب انه ليس الا امرار الماء كذلك الخروج ليس الا قطع المسافة غير انه يوصف بالطول والقصر فى الزمان فلا تصير منقسمة الى نوعين الا باختلاف الاحكام شرعا فان عند ذلك يحكم باعتبار الشرع اياها كذلك كما فى الخروج لاختلف الاحكام فى السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره تختلف حكمه فيحكم بتعدد النوع فى ذلك ولا يخفى ان المساكنة والسكنى ليس فيها اختلاف احكام الشرع الطائفة منها بالنسبة الى طائفة احرى وكل فى نفسه نوع لان الكل قرار فى المكان ثم اعلم ان التحقيق ان المفعول فى لا آكل لا ليس ليس من باب المقتضى لان المقتضى ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطأ والنسيان او بعدم صحته شرعا مثل اعتق عبدك عنى وليس قول القائل لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمنا حكما لا يصح شرعا نعم المفعول اعنى المأكول من ضروريات وجود فعل الآكل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك اذ لا بد ان يستدعى معناه زمانا ومكانا فكان لا يفرق بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو فانما هو من باب حذف المفعول اقتصارا او تناسيا وطائفة من المشائخ وان فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم قلنا ان نقول عمومه لا يقبل التخصيص وقد صرح من المحققين بجمع باب من العمومات بما لا يقبل التخصيص مثل المعانى اذا قلنا بان العموم من عوارض المعانى كما هو من عوارض الالفاظ وغير ذلك اذ هذا المحذوف ليس فى حكم المنطوق لتناسبه وعدم الالتفات اليه اذ ليس الغرض الا الاخبار بمجرد الفعل على ما عرف ان الفعل المتعدى قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص فى باب المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا يأكل من مكان دون آخر او زمان لا تصح نيته بالاتفاق ومن صور تخصيص الحال ان يقول لا اكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى فى حال قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لا اكلم هذا الرجل القائم فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى والفرق بان المفعول فى حكم المذكور اذ لا يقبل الفعل الا بعقلية ممنوع بل نقطع بتعقل معنى المتعدى بدون احضاره فانما هو لازم لوجوده لا مدلولا للفظ هذا ويكون ارادة نوع ليس تخصيصا من العام بما يقبل المنع لانه لا يخرج عن قصر عام على بعض تناولاته واقرب الامور اليك قوله لا تقتلوا النساء والصبيان تخصيص لا تقتلوا المشركين والنساء نوع مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص النوع ليس الا اخراج جميع افراده كما نحن فيه تخصيص لسفر تخصيص كل ما يصدق

قال ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم ولابي حنيفة رح ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة

عليه اسم السفر فيتم الاشكال في يمين المساكنة والخروج وقد ذكر هذه من ذكرنا والجواب بما ذكرنا في الذخيرة جوابا عن ايراد قائل لو صحت نية الشراب لنفسه فمن حيث انه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب ان يصدق في القضاء كما في الخروج وكما في قولك انت بائن قلنا نية الشراب لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لان الشراب لنفسه وغيره سواء في حق الحقوق فمن حيث الوجه الاول هو بيان نوع ومن حيث الوجه الثاني هو تخصيص ولكن في حق الملاك بيان نوع لانهما مختلفان في حق الملاك فوقفنا على الشبهين خطرا فقلنا من حيث انه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وان لم يكن الاسم ملفوظا ومن حيث انه تخصيص لم يجز في القضاء وهذا بخلاف قوله انت بائن يصح نية اي انواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيره لان العام في الاثبات لا يعم اصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رايت رجلا قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا هي تناول الفم من نفس النهر عن ابي حنيفة رح يعني اذا لم تكن له نية اما اذا نوى باناء حنث به اجماعا وقال اذا شرب منها كيف ما شرب باناء او بيده او كرعا حنث لا فرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها باناء او كرعا في دجلة او نهر آخر يأخذ من دجلة لان نسبة الماء اليها ثابتة في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي واحمد وجهه انه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو انكان مجازا اما مجاز حذف اي من ماء دجلة او مجاز علاقة بان يعبر بدجلة عن مائها وهو اولى من مجاز الحذف لاكثرية بالنسبة اليه ولشهرة جري النهر مقررين له بان علاقة المجاورة ثم هو اشهر من انه يراد به نفس الكرع فيصرف اليه عميم الكرع وغيره كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول كيف ما كان بخلاف ما لو استلقى وادخل قدميه فقط لا يحنث لان هذا ليس دخولا واليمين تعقد عليه ولابي حنيفة رح ان المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب واهل العرف لان كثيرا من العرب وغيرهم من اهل العرف يفعلونه وروي عنه عليه السلام انه اتى قوما فقال هل عندكم ماء بائت قالوا ان شئت والا كرعنا واذا كان المعنى الحقيقي مستعملا كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لان الحقيقة ما لم تهجر كانت اولى من المجاز وله ايضا يحنث بالكرع اجماعا الا انهما يقولان حنث به باعتبار انه من افراد المجاز لا باعتبار ارادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا اهدار هذا القسم وانما قلنا ان الكرع حقيقة اللفظ لان من هنا لابتداء الغاية فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة وذلك انما يكون بوضع الفم عليها نفسها فاذا وضع الفم على يده او كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه على نفسها واما ما في الهداية من انها للتبعيض فانما يصلح توجيها لقولهما لان المعنى حينئذ لا اشرب بعض ماء دجلة اذ لو اريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لان نفس دجلة وهو الارض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب ولو اريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض فتصير المرادة لا اشرب بعض ماء دجلة وهو نفس قولهما فحنث بالكرع وغيره لانه ماء دجلة وعلى هذا فتبقى قولها بعد الوجه المشهور في تقدم المجاز المتعارف وهو ان الكلام عند عدم قرينة ارادة المعنى الاصلي انصرف الى المشهور منه وان جعلت من للبيان بان يقال وضع الفم على نفس دجلة لا يفعل وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم ان يراد بلفظ دجلة ماؤها وهو مجاز ان يكون من للتبعيض فالمعنى لا اشرب بعض ماء دجلة اولا بتداء والمعنى لا يكون ابتداء اشرب من ماء دجلة فيحنث بشرب مائها كرعا وغيره واما الاستدلال له بقوله تعالى ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه الى قوله الا من اغترف غرفة بيده من جهة انه يفيد ان ماء اليد يخالف الشرب

ولعل وجه تسميته بذلك انه استعير للمصير اذ الغالب ان الكرع يستعار فاوثر عليه لانه يشرب من كل موضع فشرب منها بلا استثناء بعد ان شرب ابى يوسف ومحمد رحمهما الله قوله الا ان يشرب منه

منه تغلط وهو بناء على انه استثناء منقطع والاتصال اولى اذا امكن وهو ممكن بل المعنى عليه فان المراد انهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كفاية درى فان حاصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا او كثيرا كائنا فليس منى الا من شرب منه قدر كف تحقيقا بان اغترفها والذى انتظم عليه راى اصحابنا فى الدرس توجيه قول ابى حنيفة رحمه الله ان اسم الدجلة على قول الكل حقيقة فى نفس النهر دون المار وارادة ما وضع له على نفس اجزائه مختف فالمار ليس الا ما على الماء الكائن فيها وهو جائز كون الاسم حقيقة فيه مشتركا او مجازا فان فرض مشتركا فلا اشكال ان حقيقة اللفظ اعنى مجموع التركيب بوضع الفهم فى جانبيها حال كونه فى خصوص ذلك المحل وان فرض مجازا فى هذا المعنى فمعنى قوله للفظ حقيقة مستعملة اخ ان التركيب حقيقة وصل المعنى الحقيقى للشرب بالمعنى المجازى لدجلة وهو المار الكائن فى النهر الخاص وهو جائز كون من للتبعيض فى المعنى لان الشرب يعقل من دجلة اى المار الخاص فى المكان الخاص فظهر ان كونها للتبعيض مع صحة قوله للفظ اى التركيب حقيقة مستعملة فى الشرب من بعض ما فى المكان الكائن فى المكان ثم ترجيح مجازية المفرد اعنى دجلة المستعمل فى مائها بقيد كونه من نفس النهر على مجازيتها وهو دجلة فى مائها لا بهذا القيد هى حنث بالشرب منه بالاولى ومن نهر صغير ياخذ منها بانه مجاز اقرب الى الحقيقة اعنى دجلة بجعل النهر ونظير المسئلتين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذى فيه فى كوز اخر فشرب منه لا يحنث بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب فى كوز اخر فشرب حنث بالاجماع وكذا لو قال من هذا الجب او من ماء هذا الجب فنقل الى جب آخر ولو قال من هذا الجب او من هذا البير قال ابو سهيل الاستروشنى لو كان الجب والبير ملآن فيمينه على الكرع عند ابى حنيفة رح لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وينبغى ان يقال على ما هو اعم من الاغتراف وان لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف ولو تكلف فى هذه الصورة وكرع من اسفل الجب او البير اختلفوا والصحيح انه لا يحنث لعدم العرف بالكرع فى هذه الحالة **فروع** لو قال لا اشرب من الفرات وشرب من نهر اخذ منه لم يحنث اجماعا اما عندهما فلانه مثل الفرات فى امساك الماء فينقطع النسبة فخرج عن عموم المجاز اما لو قال لا اشرب من ماء الفرات فشرب من نهر اخذ منه حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا اشرب ماء فرات لا يحنث بكل ماء عذب فى اى موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ماء وادى سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك او من ماء مطر مستنقع حنث ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد فاكله لا يحنث فاذا ذاب فشرب يحنث قال الفقيه ابو الليث هذا بمنزلة ما اذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خرجا فجلس عليه لا يحنث فان فتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفى فتاوى محمد بن الوليد لا يحنث اذا شربه لانقطاع النسبة الاولى لانتسابه الى الجمد ولو كان فى الخل حنث لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطه ما لم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر او ربعه والظاهر ان هذا الاختلاف فى النيل لان الشط يتسع قبل الربع ايضا لسعته ومن حلف لا يشرب نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لان الصالحين يسمونه شارب خمر ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا حنث بشرب الماء والنبيذ وكذا بالمثلث عندنا احتياطا ولا يشرب الخل والسمن والزيت والعسل وقيل لا يحنث بالماء وهو الظاهر لان المعرف اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشراب النيلوفر وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب

ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء فاريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله فيما اذا مضى اليوم وعلى هذا قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله فيما اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله ان اليمين انما تنعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه ولانه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الحالف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاهل لينعقد في حق الحالف ولهذا لا ينعقد اليمين موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا

بغير اذن فلان فاعطاه فلان فلم يأذن بلسانه في الخلافية ينبغي ان يحنث وهذا دليل الرضى وليس باذن ولو حلف لا يشرب خمرا فمزجها بغيرها كالقسمة ونحوه يعتبر بالغالب وانما تعرف الغالبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما كذا روى عن ابي يوسف في النوادر فيما اذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه الماء فشربه يحنث ان كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه وان كان لون الماء لا يحنث وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالاجزاء وان كانا سواء وحنث استحسانا واما اذا خلطه بجنسه بان حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة اخرى وعند ابي يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب وعند محمد يحنث لكل حال لان الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يكثر بجنسه وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج اما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق اذا حلف يمينه على الدهن

قوله ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء ولم يحنث وان كان فيه ماء فاريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما سواء علم وقت الحلف ان فيه ماء او لم يعلم وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله اي اصل هذا الخلاف ان تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت وبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجوب البر وهو قولهما وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان اليمين انما تنعقد للبر ليمكن ايجابه على وجه يظهر في حق الحالف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاهل لينعقد في حق الحالف ولهذا لا ينعقد اليمين موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا وعند الشافعي رحمه الله وعند ابي يوسف لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة وبقاء المقيدة وهو وجه آخر للشافعي رحمه الله ومما ابتنى على الخلاف لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضي اليوم لا يحنث عندهما وحنث عند ابي يوسف لانها تبقى ويحنث في آخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافا له وانما شرطنا جهله بموته عندهما لانه لو كان عالما بموته انقلبت ويمينه بالاتفاق بان اليمين انعقدت على ازالة حيوة يحدثها الله فيه بخلاف ما اذا لم يكن عالما لانه عقد باسم حياة القائمة على ظنه والواقع انتفاؤها وان كان البر غير مقصور لمسئلة الكوز فانه وان امكن احداث الله تعالى الماء فيه لكنه ما آخر غير المحلوف عليه فان الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه اذ ذاك فلذا لا ينعقد عندهما وكذا اذا حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فاكل قبل الليل او ليقضين فلانا دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له او مات احدهما قبل مضي الغد او قضاه قبله او ابراه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند ابي يوسف رحمه الله وكذا لو قال لزيد ان رايت عمرا فانت اعلم فعبدي حر فراه مع زيد فسكت ولم يقل شيئا او قال هو عمرو لا يعتق عندهما لفوات الاعلام فلم يبق اليمين وعنده تعتق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه وكذا اذا حلف لا يعطي حتى يأذن فلان فمات فلان ثم اعطاه لم يحنث خلافا له وكذا ليسقينه خمرا او ليكلمنه وجه قولها ان اليمين انما تنعقد للبر حملا او منعا او لاظهار معنى الصدق فكان محلها خبرا يكون فيه البر فاذا لم يكن فيه البر فات محلها ولا انعقاد الا في محلها واذا لم تنعقد فلا حنث ولابي يوسف انه امكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الحلف وهو الكفارة كما قلنا في الحلف على سر السماء وليتفلن بذا الحجر فهما حيث تنعقد مع استحالة عادة ثم يحنث في الحال قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الحلف لانه فرع الاصل فينعقد اولا في حقه ثم يتنقل الى الحلف للعجز الظاهر ولذا لم تنعقد اليمين موجبة للكفارة حينئذ كان البر مستحيلا فيها ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بان لم يذكر اليوم ففي الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم اليأس وما لعدمهم

ابي يوسف فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التأقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق
يجب البر كما فرغ فحنث حين لم يبر فيحنث في الحال وهذا فرق بديع وجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه
يثبت الحنث في بينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق
محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة **قال** ومن حلف ليصعدن السماء
او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة
ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا
فلا يعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا
بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا انعقد اليمين موجبا لحكمه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع
احتمال اعادة الميتة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد
تصور البر وعند ابي يوسف يحنث للحال في الوجه الثاني وهو ما اذا كان فيه ماء فاهريق يحنث في قولهم جميعا **قوله** فابو يوسف فرق
الخ لا شك ان هنا اربع صور صورتان في المقيدة باليوم او وقت آخر جمعة او شهر وهما ان يكون في الكوز ماء ووقت الحلف والآ
لا يكون وصورتان في المطلقة عندهما ثم ان ايضا في المقيدة ولا ماء لا ينعقد عندهما لعدم تصور البر فلا تصور الحنث وينعقد
عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن البر ومن وقت الحلف الى الموت وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا واذا اهريق
قبل آخر الوقت بطلت عندهما لانعقادها ثم ظهر العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء الى
آخر الوقت وعنده يتأخر الحنث الى آخر جزء من الوقت فهناك يحنث وفي المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنث للعجز الحالي الذي لا يرجى زواله في المطلقة
وفيها تنعقد اتفاقا لامكان البر عندهما اذا اريق حنث اتفاقا واما عند ابي يوسف بطريق اولى مما قبلها واما عندهما فلان تصور البر شرط في المطلقة الا انعقاد بها فتعتبر
وجد حال الانعقاد لغرض وجود الماء حال الحلف فقد فرق ابو يوسف بين المقيدة فاوجب الحنث مطلقا آخر الوقت وبين
المطلقة اذا كان الماء موجودا حال الحلف فاوجب الحنث حال الاراقة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من اليمين
والفرق ان المتأقيت للتوسعة على نفسه في الفعل فلا تتعين الفعل عليه الا في آخر جزء من الوقت وان كان التأخير لا يرجى
له فائدة فيما اذا لم يكن ماء وقت الحلف لان اللفظ ما اوجب انعقاد اليمين في حق الفعل مضيقا متعينا الا في آخر جزء منه فلا
يحنث قبله فكذا اذا كان فيه ماء فصب لهذا البعينه بخلاف المطلقة ولا ماء فانه لا فائدة في تأخير الحنث واذا كانت اليمين المطلقة
لا يقع الحنث فيها الا بموت الحالف او المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه او طلاقها فان ذلك ان كان البر مرجوا ولا رجاء
هنا وفيما اذا كان الماء موجودا لا يثبت هذا اليأس الا عند الاراقة فيحنث اذ ذاك وهما ايضا يحتاجان الى الفرق ولانه
لا يحنث عندهما اذا ذكر الوقت فاهريق قبل آخره فاذا لم يذكر فاهريق يحنث والفرق ان الوقت اذا ذكر كان البر واجبا
عليه في الجزء الاخير وعنده المحلوف عليه فائت فكانه حلف اذ ذاك ليشربن ماء في هذا الكوز اليوم وعلمت هذا ان اشتراطها بقاء
التصور لبقاء اليمين الموقتة هو في المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة بخلاف ما اذا لم يذكر الوقت فان البر واجب عليه
في الحال فاذا فات المحلوف عليه حنث فلك ان تقول وجوب البر في المطلقة في الحال ان كان بمعنى تعيينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا شك انه ليس كذلك وان كان
بمعنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث في آخر جزء من الحياة فالموقتة كذلك لانه لا يحنث الا في آخر جزء من الوقت الذي ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من
الحياة فلاي شيء تبطل اليمين عند آخر اجزاء الوقت في الموقتة ولم يبطل عند آخر جزء من الحياة في المطلقة ومن فوائد هذه الخلافية
ما لو قال رجل لامرأته ان لم تهبي لي صداقك اليوم فانت طالق فقال ابوها ان وهبت له صداقك فانك طالق فجملة عدم
هبتها ان يشتري منه بهرا ثوبا ملفوفا ويقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث ابوها لانها لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة
عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع ثم اذا اراد عود الصداق رده بخلاف خيار الرؤية **قوله** ومن حلف ليصعدن
السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها يعني اذا حلف مطلقا كما يجيء في الكتاب اما اذا وقت اليمين فقال
لاصعدن غدا لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذا حنث وقال زفر لا تنعقد اصلا لانه مستحيل عادة

باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع لا اندانا ثم حدث لا ان قد كلمه وهو بحيث لا يسمع لكنه لم يفهم لنوم او نصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافل منه

فيجعل المستحيل حقيقة كما في الكوز فلا يعقد ولنا ان صعود السماء ممكن ولذا صعدته الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الجوز ذهبا بتحويل الله سبحانه صفة الجوزية والباس صفة الذهبية بناء على ان الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات او باعدام الاجزاء الجوزية وابدال اجزاء ذهبية فالتحويل في الاول ظهر فهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق وكرامات الاولياء فكان البر متصورا فيتعقد اليمين موجبة الخلقية وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث في آخر جزء كما قلنا مع احتمال عادة الحيوة فيه فيثبت معه احتمال ان يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث اجماعا بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد فحط الخالق انه الحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلا متفهما والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الكلام لما فرغ من ذكر الافعال التي هي اهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعها شرع في الكلام اذ لا بد من وقوعه لان الانسان لا بد له من ايصال ما في نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدأ بالكلام الاعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرهما لتقدم الاعم على الخصوصيات **قوله** ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه لقرب مكانه منه الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله اي لغفلته فانه يحنث وهذا لان العلم بوصول صوته الى صماخه غير ثابت فاديرت على مظنته ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان سميعا سالما يسمع ولهذا لو كان اصم حنث وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه فانه قال في بعضها فناداه اذا يقظه وفي بعضها فناداه واليقظه قال اختاره مشائخنا لانه اذا لم يكن بحيث ينتبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد جدا بحيث لا يسمع صوته فضلا من ان يميز حروفه ونحو ذلك يكون لاغيا لامكانه مستيقظا او صار كما لو كان ميتا لا يحنث بكلامه بخلاف الاصم لانه يصح ان يقال كلمه اذا كان بحيث لو لا اصم سمع لا يقال سميع في الميت كذلك لولا الموت سمع لانا نقول يمينه لا تنعقد الا على الحي لان المتعارف هو الكلام معه ولان الغرض من الحلف على ترك الكلام اظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق في الميت والبعير الذي لا شعور له بندائه وكلامه لكن ما ذكر محمد في السير الكبير اذا ناداه في المسلم اهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا انهم لا يسمعون لتشاغلهم بالحرب فهو امان قال السرخسي هذا بين ان الصحيح في مسئلة الايمان الحنث وان لم توقظه انتهى وقد فرق على هذه الرواية بان الامان يحتاط في اثباته وقيل يحكم فيها بالخلاف فعنده يحنث لانه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا يحنث والمراد بجانب اليه ما ذكر في باب التيمم من ان المتيمم اذا مر وهو نائم على ماء ولا ماء به ينتقض تيممه وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد للمشائخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة والى جانبه حفيرة ماء لا يعلم به لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس واضيف الى يزدوي مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ الا في الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستانف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او اخرجي او قومي او شتمها او زجرها متصلا لا يحنث لان هذا من تمام الكلام

وفي بعض روايات المبسوط شرطان يوقظه وعليه مشائخنا رحمهم الله اذا لم يتنبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته

الاول فلا يكون مرادا باليمين الان اريد به كلاما مستانفا وهو وجه لاصحاب الشافعي رح وبه قال الشافعي رح في الاظهر واحمد رح ومالك رح يحنث وفي المنتقى لو قال فاذهبي اذا ذهبي لا تطلق ولو قال اذ ذهبي طلقت لانه منقطع عن اليمين واما في نوادر ابن سماعة عن محمد رح لا اكلمك اليوم او غدا حنث لانه كلمته اليوم بقوله او غدا ولا شك في عدم صحته لانه كلام واحد فانه اذا اراد ان يحلف على احد الامرين لا يقال لا اكلمك وعلى هذا اذا قال لآخران ابتدأتك بكلام فعبدي حر فالتقيا فسلم كل على الآخر معا لا يحنث وانما يحنث بعدم تصور ان يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لساان ابتدأتك بكلام وقالت هي لم كذلك لا يحنث اذ كلمها لانه لم يبتدئها ولا يحنث بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث الا ان لا يقصده فيصدق ديانة لا قضاء وعند مالك والشافعي رحمه الله قضاء ايضا اما لو قال السلام عليكم الا على واحد صدق قضاء وعندنا ولو سلم من الصلوة فان كان اماما قبل ان كان المحلوف عليه عن يمينه لا يحنث وان كان عن يساره يحنث لان الاولى واقعة في الصلوة فلا يحنث به بخلاف الثانية وقيل لا يحنث بهما لانها في الصلوة من وجه وكذا عن محمد لا يحنث فيهما وهو الصحيح والاصح ما في الشافي انه يحنث الا ان ينوي غيره وفي شرح القدوري فيما اذا كان اماما يحنث اذا نواه وان كان مقتديا فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقا لان سلام الامام يخرج المقتدي عن الصلوة عنده خلافا لهما وبه قال مالك ولو دق عليه الباب فقال من حنث وقال ابو الليث لو قال بالفارسية كيست لا يحنث ولو قال كي تو حنث وبه اخذ وبه اختار ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك او لبى حنث ولو كلمه الحالف بكلام لم يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو اراد ان يامره بشئ فقال وقد مر المحلوف عليه يا مائط اسمع افعل كيت كيت فسمعه المحلوف عليه وفهمه لا يحنث قاله في الذخيرة ولو حلف لا يتكلم فناول امراته شيئا وقالها حنث ولو جاء كافر يريد الاسلام فبين صفة الاسلام فسمعه لا يحنث وفي المحيط لو سبح الحالف والمحلوف عليه يسمع او فتح عليه القراءة وهو يقتدي لم يحنث خارج الصلوة يحنث ولو كتب اليه كتابا او ارسل رسولا لا يحنث لانه لا يسمى كلاما عرفا خلافا لمالك واحمد رح واستدلا لهما بقوله تعالى وما كان لبشر ان يكلمه الله الا وحيا الى قوله او يرسل رسولا اجيب عنه بان مبنى الايمان على العرف واعلم ان الكلام لا يكون الا باللسان فلا يكون بالاشارة ولا الكتابة والاخبار والاقرار والشهادة تكون بالكتابة لا بالاشارة والايماء والاظهار والافشاء والاعلام يكون بالاشارة ايضا فان نوى في ذلك كله اي في الاظهار والافشاء والاعلام والاخبار كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولو حلف لا يحنث الا ان يشافهه وكذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة ولو قال لا البشره فكتب اليه حنث وفي قوله ان اخبرتني ان فلانا قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب ولو قال لبشره ونحوه فعلى الصدق خاصة وكذا ان علمتني وكذا البشارة ومثله ان كتبت الي ان فلانا قدم فكتب اليه قبل قدومه فوصل اليه الكتاب حنث سواء وصل اليه قبل قدومه او بعده بخلاف ان كتبت الي بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع وذكر هشام عن محمد سألني هارون الرشيد عمن حلف ان لا يكتب الى فلان فامر ان يكتب اليه بايماء او اشارة هل يحنث قلت نعم يا امير المؤمنين اذا كان مثلك قال السرخسي وهذا اصح لان السلطان لا يكتب بنفسه وانما يامر به ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحنث عند ابي يوسف رحمه الله ويحنث عند محمد رح لان المقصود الوقوف على ما فيه لا عين التلفظ به ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام احدهما الا ان ينوي كلامهما فيحنث

ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام ومن الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضاء قلنا الرضاء من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر **قال** وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتابد اليمين وذكر الشهر كالاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا يتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لا يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رحمه الله لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا وهو لا شرعا قال عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا

بكلام احد بها وعليه الفتوى وان ذكر خلافه في بعض المواضع **قوله** ومن حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه لا يحنث لان الاذن مشتق من الاذان اي بالاشتقاق الكبير او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع قال المصنف وقال ابو يوسف لا يحنث وبه رواية عنه كما ذكره الاقطع في شرحه حيث قال ظاهر قولهم انه لا يحنث وعن ابي يوسف يحنث ووجه هذه الرواية هنه ان الاذن هو الاطلاق فانه لا يتم بالاذن كالرضا فانه لو حلف لا يكلمه الا برضى فلان فرضي ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث اجاب المصنف بان الرضا من عمل القلب ولا كذلك الاذن نعم هو قد يضمن الرضى ظاهرا لكن معناه الاعلام بالرضا فلا تحقق الا بمجرد الرضا وبما نوقض به من انه ذكر في التتمة والفتاوى الصغرى اذا اذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير ماذونا فهو بانه يدل على تخصيص مقصود المورد لدلالته على عدم الاذن قبل العلم حيث قال حتى اذا علم صار ماذونا فعرف انه ليس لما قبل العلم حكم الاذن يدل عليه ما في الشامل في قسم المبسوط اخذ لعبده فلم يعلم به احد من الناس فتصرف العبد ثم علم باذنه لم يجز تصرفه غاية ما فيه ان الاذن يثبت موقوفا على العلم فسقط تمسكه بوقوله على ما مر يعني ما تقدم آنفا من قوله لان الاذن مشتق من الاذان الخ **قوله** وان حلف لا يكلمه شهرا فهو اي ابتداء الشهر من حين حلف لان دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف موجب ترك الكلام من الآن ونظيره اذا اجره شهرا الان العقود تراد لدفع الحاجة القائمة في الحال ظاهرا فكان ابتداؤه من وقت العقد ولانه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتداءها وكذا آجال الديون واما الاجل في قوله كفلت لك بنفسه الى شهر اختلف في انها لبيان ابتداء المدة او لانتهائها وعن ابي يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم باحضاره بعد الشهر واحتقابا باجال الديون فجعلها لبيان ابتدائها فلا يلزم باحضاره قبل الشهر وهو احسن لان الاجل شيء مستقبل للترفيه بخلاف ما لو قال والله لا صومن شهرا فانه نكرة في الاثبات وانما يوجب شهرا شائعا بعينه الحالف ولا موجب لصرفه الى الحال واما قول المصنف لو لم يذكر الشهر تابد فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي داخلا يمينه عملا بدلالة حاله فظاهره انه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ومن الشارحين من قرره من وجهين لان دلالة الحال وحدها تستقل لصرف الابتداء الى ما يلي الحلف كما ذكرنا وما قبله وجه آخر وهو انه لو اطلق تابد لانه نكرة في النفي يعني مصدر ذلك الفعل فاذا خرج ما وراء المدة يبقى الشهر مستغرقا بالايجاب ولا يخفى ان ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه منتف بالاصل لا بدلالة على النفي ولو فرض له دلالة على نفي الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو يلي شهرا ابتداؤه من الحال فلذا اجمل المصنف قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها واحدا الا انك علمت من تقريرنا ان لا حاجة الى ما قدمه من لزوم التابيد والاخراج واما فرع على استقلال الاخراج مما ذكره المتن بشيء من قوله ان تركت الصوم شهرا او كلامه شهرا تناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم والكلام مطلقا يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا ان لم اساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا في عمره حنث وان لم يتركه متصلا بالحلف وهو تحميل اللفظ ما لم يوجبه نعم ان كان في مثله عرف يصرفه الى الوصل بالحلف والا فلا **قوله** ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في الصلوة لا يحنث وان قرأ في غير الصلوة حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اذا فعله في الصلوة لا يحنث وخارجها يحنث بهذا جواب الاستحسان وفي القياس يحنث فيهما

ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار كان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رح انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف

وهو قول الشافعي رح لانه اسم القرآن والذكر كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحدث من امره ما يشاء وان مما احدث ان لا يتكلم في الصلوة متفق عليه واما الحديث الذي ذكره المصنف من قوله صلى الله عليه وسلم ان صلوتنا هذه لا يصح فيها شئ من كلام الناس فقيل عليه انه انما نفى عنها كلام الناس فلا يستلزم نفي الكلام مطلقا وهذا التفصيل جواب ظاهر المذهب ولما كان مبنى الايمان على العرف وفي العرف التسبيح والقرآن ليسا من كلام الناس ولا مما يسمى تكلما وسعه كلاما حتى انه يقال لمن سبح طول يومه او قرأ لا اكلم اليوم ثم تكلم انه لا يحنث ايضا بجميع ذلك خارج الصلوة واختير للفتوى من غير تفصيل بين علماء اليمن بالعربية والفارسية وما ذكر في بعض المواضع من انه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فانت طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر طلقت واحدة ولو قالت بالعطف سبحان الله والحمد لله لا اله الا الله والله اكبر طلقت ثلاثا لانه كلام مستقل لاشتياف كل بخلاف المعطوف لانه كلام واحد وقد يفرق بان الكلام في مطلق الكلام عرفا فيما قيد بقيدا صلا واما الشعر فانه يحنث به لانه كلام منظوم وفي الحديث اصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد وعرف ما تقدم انه لا يحنث بالكتابة والايماء ونحوه قوله ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار فان كلمه ليلا او نهارا حنث ثم قال المصنف وجه ان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ولا فرق بين التولية ليلا او نهارا والكلام لا يمتد قيل في وجهه لانه عرض لا يقبل الامتداد والامتداد كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك وذلك عند اتفاق صورة ومعنى والكلام الثاني يفيد معنى غير مناد الاول فليس مثله فاقبل الكلام متنوع الى خبر واستخبار وامر ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق انه ممتد فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقا انه غير ممتد اذ كل نوع منه على هذا ممتد على ان اسم الكلام ليس الا الالفاظ مفيدة بمعنى كيف ما كان فتحققت المماثلة سواء كان المضاف من نوع الاول او لا وبه يندفع التوالي وكذا قال الشيخ عبد العزيز الصحيح ان يقال الطلاق مما لا يمتد لان الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ولان اعتبار المظروف اولى من اعتبار المضاف اليه كما في قولك امرك بيدك يوم تقدم فلان وقد تقدم تحقيق هذا الاصل في الطلاق واختلاف عبارتهم فيه وان الاولى الاعتبار بالعام المعتبر واقعا فيه عند تحقق معنى ما اضيف اليه الظرف وعدمه بجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لانه هو المقصود الاصلي بخلاف ما اضيف اليه لانه ليس مقصودا الا لتعيين ما يتحقق فيه ما قصد الى اثباته بالقصد الاولي واستشكل بما لو قال والله لا اكلم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكلمه ليلا لا يحنث لان الليل لم يدخل ذكره الوقال في كل يوم لم يدخل الليل ذكره ذلك في التتمة وبه قال الشافعي وبهذا اليرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المصنف وجوابه ان المراد باليوم فيه النهار في المسئلة الاولى بدلالة اعادة حرف النفي عند ذكر الغد والا لم يكن لذكره فائدة حتى لو قال لا اكلمه اليوم وغدا وبعد غد انما تدخل الليلة وبه قال الشافعي رح وهو كقوله ثلاثة ايام وفي المسئلة الثانية ذكر كلمة في في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في انت طالق في كل يوم تطلق ثلاثا في ثلثة ايام ولو قال كل يوم تطلق واحدة ولا تتحقق التجديد لو اريد باليوم مطلق الوقت قوله وان عنى النهار خاصة اي بلفظ اليوم دين اي صدق في القضاء لانه استعمل فيه لانه حقيقة مستعملة شهرا فيقبل النية وان كان فيه تخفيف على نفسه او هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت وعن ابي يوسف لا يدين في القضاء لانه خلاف

ولو قال لليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وقد جاء استعماله في مطلق الوقت
ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان يأذن فلان او حتى يأذن فلان ثم آذن طلق حكما قبل القدوم
والاذن حنث ولم يقع بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية وصفتيه بعد فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين

المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء قوله ولو قال لليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواده كالنهار للبياض خاصة وقد جاء استعماله في مطلق الوقت كما جاء في لفظ اليوم وارد عليه قول القائل سقى وكنا مسينا كل بيضاء شحمة * وليلى لا تقينا هذا وهريرا * ستقينا بهم كأس شتى بشمام * ولكنهم كانوا على الموت اصبرا * والمراد مطلق الوقت فان الحرب لم تكن ليلا اجاب بشمر لان المذكور الليالي بصيغة الجمع وذكر احد العددين يتناول ما زائد من الآخر ولا كذلك المفرد يعني ذكر الليالي يتناول النهر التي بازائها كما ان ذكر الايام يتناول الليالي التي بازائها قال تعالى ان لا تكلم الناس ثلثة ايام وفي آية اخرى ثلث ليال والثلثة واحدة ويسير الكلام الا في المفرد فان ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالعكس ونظر فيه بعضهم بانه يقتضي ان الشاعر قصد ان الملاقاة كانت مستوعبة لليالي تتبعها ايام تقيدها والمتعارف في مثل هذا الكلام انه انما يقصد الوقت الجامع بين الايام والليالي وليس هذا بشيء لان الواقع قد يكون ان الحرب وصلت بينهم ليلا وليليها وهذا كثير الوقوع فاراد ان يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيده ولا دخل لذلك في خصوص عرف قوله ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان يأذن فلان او حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية اي ان القدوم والاذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا ان فعل الشرط المثبت في اليمين يكون للمنع منه فيكون في معنى المنفي به وبالعكس فقوله ان كلمته حتى يقدم يعني لا اكلمه حتى يقدم وان وقع خلاف ذلك فامرأته طالق فاذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الاذن تنتفي اليمين ما بقي عدم الاذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وينتهي بعد الغاية لانها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه واذنه اما ان حتى غاية فظاهر واما ان الا ان غاية فلان يه ينتهي منع الكلام فشابهت الغاية اذا كانت لغاية منعه فاطلق عليها اسمها وتمثيله قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم اي الى موتهم وقيل هي استثناء على حالها فيه شتى وهو ان تقدير الاستثناء فيها انما يكون من الاوقات او من الاحوال على معنى امرأته طالق في جميع الاوقات والاحوال الا وقت قدوم فلان او اذنه والا حال قدومه او اذنه بتقدير مضاف الى المصدر المنسبك من ان يقدم وان يأذن فان تقدير الا ان يأذن الا اذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الاذن والقدوم فيقتضي انه لو كلمه بعد القدوم او الاذن حنث لانه لم يخرج من اوقات وقوع الطلاق الا ذلك الوقت وهو خير الواقع ثم اورد ان الا ان شرط لا غاية لانها شرط في قول امرأته طالق الا ان يقدم زيد فان المعنى ان لم يقدم زيد واجيب بانها انما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمله يعني فتكون فيه الشرط انتهى وهذا يؤيد ما تقدم من ان الكلام مما يستدل لانه شرط هنا بخلاف ما ذكر المصنف ولما كان منتهاه ان يفترض بان الشرط وهو الا ان يقدم مثبت والمفهوم ان القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجه شارح آخر فقال واما حمل على ان لم يقدم في مسئلة الطلاق لا على ان قدم لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على الوقوع وتحقيقه ان معنى التركيب وقوع الطلاق في الحال مستمرا الى قدوم فلان غير واقع فيكون قدومه علما على الوقوع قبله والمتحقق في ذلك ان الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا ان لم يقدم تحقيق لامكان ارتفاعه بعد وقوعه بالقدوم وامكان وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل ان طالق ان لم يقدم فلان فلا يقع الطلاق الا ان يموت فلان قبل ان يقدم او يأذن لانه مطلق كقوله ان لم اطلقك فانت طالق قال تاج الشريعة ومهما امكن المصير الى هذا المجاز يعني الغاية لا يصار الى ذلك المجاز يعني الشرط

وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع عينه كلام منتهٍ بالاذن والقدوم لم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين لعدم التصور ليس بشرط لعمل سقوط الغاية فيما بدا اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان وام يرعبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او باعت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه علق عقد بعينه على فعل واقع في محل بقائه فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رحمه الله هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصودان بالخبر فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة وجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه تحقق ان يكون غرضه صحيحا لانه لاجل الصفة الزائدة وهذا لم يعينه فلا يحنث بعده لزوال الاضافة بالشك فلان كانت تعينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها قصدا على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر ان الاضافة للتعريف والاشارة البلغ منها فكانها ذكرتها مرتين فاعتبرت الاضافة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة دصار كالصديق والمرأة ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تخرب ولا تفنى لذا واتجاه كذا العبد يسقط متزلزل بالمعرضية ملاكها فتقيد اليمين بمحل قيام الملك خلافا لما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانعدام ذلك فيها لان الداعي الى الحلف لاجل المضاف اليه فيتقيد به ولان الاضافة للتعريف والداعي الى الحلف قد يختلف فيتعلق بالمشار اليه غير ظاهر لعدم التعيين عند الناس

لان في بدا اجراء المجاز في جزء الاستثناء وفي ذلك اجراؤه في استثناء القدوم لانا نجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم واجراء المجاز في الجزء اولى منه في الجموع **قوله** وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع منه كلام منتهٍ بالاذن والقدوم ولم يبق الاذن ولا القدوم بعد موت من اليه الاذن والقدوم متصور الوجود فلم يبق البر متصور الوجود وبقاء تصوره شرط لبقاء اليمين الموقتة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد على ما مر وهذه اليمين موقتة بوقت الاذن والقدوم اذ بهما يتمكن من البر اذ يتمكن من الكلام بالحنث فيسقط بسقوط تصور البر وعند ابي يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تبادر اليمين فاي وقت كلمه فيه يحنث فان قيل لانسلم عدم تصور البر بموته لانه سبحانه قادر على اعادة فلان فيمكن ان يقدم وياذن فالجواب ان الحيوة المعادة غير الحيوة المحلوف على اذنه فيها وقدومه وهي الحيوة القائمة حالة الحلف لان تلك عرض تلاشى فلا يمكن اعادتها بعينها وان اعيدت الروح فان الحيوة غير الروح لانه اعراض لازم للروح فيما له روح **قوله** ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبده بعينه انما اراد من ينتسب اليه بالعبودية او امرأة فلان الخ اعلم انه اذا حلف على هجران محل مضاف الى فلان كلا يكلم عبد فلان او زوجته او صديقه او لا يدخل داره او لا يلبس ثوبه او لا يركب فرسه او لا ياكل من طعامه فلا شك ان هذه الاضافة تفيد في الكل معرفة للمعين ما عقد اليمين على ما هجره سواء كانت اضافة ملك كعبده وداره ودابته او اضافة نسبة اخرى غير الملك كزوجته وصديقه فالاضافة مطلقا تفيد النسبة والنسبة اعم من كونها نسبة ملك او غيره فلا يصح جعل اضافة النسبة تقابل اضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لانه لا تقابل بين الاعم والاخص الا ان يكون بخصوص عرف اصطلاحي وهو محل الجعل المذكور للمصنف واذا كانت هذه الاضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك اما ان يقترن به لفظ الاشارة كقوله لا يكلم عبده هذا او زوجته هذه او لا فعلى تقدير عدم الاشارة الظاهر ان الداعي في اليمين كرامته في المضاف اليه والاعرفه باسمه ثم اعقبه بالاضافة ان عرض اشتراك مثلا لا كلمه راشد اعبد فلان ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد او فلانة زوجة فلان كذلك فلما اقتصر على الاضافة ولم يذكر اسمه ولا اشار اليه كان الظاهر انه لمعنى في المضاف اليه وان احتمل ان يهجر بعضا لذاته ايضا كالزوجة والصديق فلا يصار اليه بالاحتمال وح فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الاضافة وقت الفعل وان كان موجودا وقت اليمين ودامت الاضافة الى وقت الفعل او انقطعت ثم وجدت بان باع وطلق ثم استرد او لم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدث زوجة ينبغي ان يحنث في قول ابي حنيفة ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي عينها صحت الاضافة بان باع فلان عبده وداره وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة والصديق لا يحنث وكذا اذا لبس الثوب او دخل الدار او ركب الدابة لا يحنث لما قلنا ان اليمين انعقدت باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل الحال انها زائلة عنده وهذا الاصل على قول ابي حنيفة رح واما عند محمد رح فاليمين منعقدة في المملوك على الاضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي اضافة النسبة على القائمة وقت اليمين فتفرع على هذا انه لو طلق زوجته وعادى صديقه استحدث زوجة وصديقا فكلم المستحدث لا يحنث ولو كلم المتروكة حنث وهذا ما نقله المصنف من الزيادات ووجهه ما جوزناه في اصل ابي حنيفة من انهما يهجران لانفسهما لا لغيرهما فكانت الاضافة بهجر تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها وجودها وقت الفعل تعلق الحكم اي الهجر بعينه كما في الاشارة فانها

قال وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا يحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي المحل في الطيلسان فصار كما اذا قال

اذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما اضافته اضافة نسبة فالاتفاق انه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سيذكر وجه المذكور في الجامع لابي حنيفة ما تقدم ايضا من ان الظاهر ان البحر للمضاف اليه بما ذكرنا من الوجه واقل ما في الباب جواز كون بحره لنفسه وان يكون للمضاف اليه وعلى الاول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك فظهر بما ذكرنا ان ما ذكره بالنهاية وغيرها من قول الاصل في جنس هذه المسائل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه لا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم يوجد وقت الفعل وان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر لها وقت الفعل ثم وجه الفرق بان في اضافة الملك المحل على اليمين يعني في المالك الملك لان هذه الاشياء لا تعادي بعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم واستشكل بان العبد يتصور منه الاذى واجيب بان ابن سماعة ذكر في نوادره انه يحنث عند ابي حنيفة ترجح بهذا ووجه الظاهر العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالحمار والظاهر انه ان كان منه اذى انما يقصد بهجران سيده بهجرانه ولا يخفى انه اعني هذا الاصل لا يصح الا لمحمد فقط فاطلاق جعله اصلا لهذه المسائل ليس بصالح لان الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه وانه الاصل لصاحب المذهب هذا وروى ابن هشام ما اخبر ان محمدا رجع الى قول ابي حنيفة وقال لا يحنث هذا اذا لم يعينه فلم يذكر الاشارة فاما ان عينه فذكر الاشارة بان قال عبد فلان هذا ودابة هذه او امرأة هذه او صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصديق عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك واحمد لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمنا والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف التعريف الآخر ولزم اعتبارها وسقوط الاخر فاذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الاضافة كما قبله وهما يقولان ان هجران المضاف اذا كان مملوكا ليس لذاته لسقوط اعتباره فتقيد ببقاء النسبة مع الاشارة وحدهما بخلاف غير المملوك فانه لما كان مما يعادي لنفسه كما يعادي لغيره فعند عدم الاشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الاشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه فلا يتقيد الحنث بدوام الاضافة لان كون الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين اي لانه لم يتعين بخلاف ما تقدم وهو اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف اليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحا لان يعادي لنفسه لانه متعين اذ لا يعادي المملوك لنفسه وقوله لغت الاضافة ممنوع وانما يلزم لو لم تكن لها فائدة اخرى لكن الواقع ان لها فائدة وهي افادة ان الهجران منوط بنسبته الى المضاف اليه فيعتبر كل منهما لفائدته وقد رجح ابن الغزقول محمد وزفر بان العبد وان كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو اراد بهجرانه لاجل سيده لم يحنث الى الاشارة فلما اشار اليه بقوله هذا علم ان مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد اظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق انتهى وما ذكر من ان لكل فائدة فائدة الاشارة التعريف وفائدة الاضافة بيان مناط الهجر وقد يدفع بان الاضافة تستقل بالفائدتين فانها ايضا تعرف الشخص المحلوف على هجره كما يفيد الآخر وجوابه ان الاشارة كما تفيد التعريف تفيد التشخيص ايضا وهذا لا يحصل بالاضافة وحدها فانه لو قال عبد فلان لا نعقدت على كل عبد له وفي قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان وان كانت

ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل **فصل قال** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع عنه عادة والمؤبد لا يقصد به غالبا لانه يمتزله الابد ولو سكت عنه يتابد فيتحين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه

الاضافة تفيد ان سبب تحرير العبد نسبة السيد لكن الحنث في الايمان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه لو حلف ليعطين فلانا الفقير الفقير درهما فاعطى غيره من الفقراء وهذا بخلاف ما اذا لم يعط غيره من الفقراء اذا لم تكن له نية اما لو نوى ان لا يدخلها ما دامت لفلان او لا يدخلها وان زالت الاضافة فعلى ما نوى لانه شدد على نفسه في الثاني ونوى محتمل كلامه في الاول وروى شذوذا عن ابي يوسف في دار فلان هذه انه يحنث بعد زوال الاضافة وليس بشيء وعنه ايضا لا يحنث بالدار المتجدد ملكها لان الملك لا يستحدث فيها عادة فانها آخر ما تباع واول ما تشترى عادة فتقيدت اليمين ببقائه في ملكه وقت الحلف اجيب بان العرف مشترك فان الدار قد تباع وتشترى مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه ايضا ان اليمين تتقيد في الكل القائم في ملكه وقت الحلف رواه بشر عنه قال اذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه بخلاف قوله دار الفلان لان قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة والا كان مجملا فلا بد منه من قيام الملك لفلان وقت يمينه وفي قوله دار الفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان لتقييد اليمين بما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى ثم في الحلف لا يسكن دار الفلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وان قل نصيبه وفي بعض الشروح لا تزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فانها اضافة نسبة فينبغي ان ينعقد على الموجودة حال التزوج لا جرم ان في الفتاوى عن ابي يوسف ان تزوجت بنت فلان او امته انه على الموجود والحادث **قوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث بالاجماع لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما لو اشار اليه اي الى صاحب الطيلسان بان قال لا اكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه والطيلسان معرب بيتلسان ابدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور اسود لحمته وسداه صوف **قوله** ولو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان الحكم معلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو ولا تقييد تشبيثه واورد عليه انه تقدم لو حلف لا يأكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنث مع ان الصفة في الحاضر لغو فاجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ يعني ان الصفة تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس الى الحلف على تركه فيقيد به بخلاف الشيبة هنا فانها ليست بداعية على ما تقدم وفي الوجيز للامام برهان الدين محمود البخاري حلف لا يكلم صبيا او غلاما او شابا او كهلا فالكلام في معرفة هؤلاء في ثلث مواضع في اللغة والشرع والعرف اما اللغة قالوا الصبي يسمى غلاما الى تسع عشرة ومن تسع عشرة شاب الى اربع وثلثين ومن اربع وثلثين كهلا الى احد وخمسين ومن احد وخمسين شيخ الى آخر عمره واما الشرع فالغلام من لم يبلغ وحده البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شابا وفي رواية عن ابي يوسف ان من ثلاث وثلثين الى كهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال الفقيه وروى قال ابو يوسف الشاب من خمس عشرة الى خمسين سنة الا ان يغلب عليه الشيب قبل ذلك والكهل من ثلثين الى آخر عمره والشيخ فيما زاد على الخمسين وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلثين الى مائة سنة واكثر والشيخ من اربعين الى مائة وبهذا روايات اخر سوى وانتشار والمعول عليه ما به الافتاء

فصل في يمين من حلف لا يكلم حينا او زمانا لما كان ما فيه كالتتبع لما تقدم ترجمه بالفصل **قوله** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر في الكل لان كلمة الحين او حينا والاثبات نحو لاصومن حينا او الحين او الزمان او زمانا كل هذا اذا لم ينو مقدارا معينا ومن الزمان فان نوى مقدار صدق لانه نوى حقيقة كلامه لان كلا من الحين والزمان للقدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل في كل ذلك ففي القليل قول النابغة الذبياني

وكذلك الدهر عندهما وقال ابو حنيفة رح الدهر كالابد كما هو وهذا الاختلاف في المنكر والصحيح انها للعهد بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دخول الاستغراق الحقيقي في الايمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر وعند ابي حنيفة رح توقف في تقدير وكان اللغات لا تدل على ذلك اذ لم يرد استعمال الحين في الاستغراق الحقيقي

الوقت ست كلمات ساقطة من الناسخ وهي قوله من الوقت فيقيد بها الستة وقع تنازعا الآكلون من متوسط تطلقه حينا وحينا تراجع بيديان السنة تارة تخف اليه وتارة تشتد اواما في الكثير فالمفسرون في بل اتى على الانسان حين من الدهر انه اربعون سنة واما في المتوسط فقوله قم تونى اكلها كل حين باذن ربها وذلك ستة اشهر عن ابن عباس لان من حين يخرج الطلع الى ان يصير رطبا ستة اشهر ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة اشهر ولان التيسير لا يقصد بالحلف والا لم يحلف لتحقق الامتناع عادة بلا يمين والمديد وهو اربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لانه في معنى الابد فمريده خارج عن العادة اذ لم يسمع من يقول لا اكلمه اربعين سنة مقيدا بها ولو سكت عن الحين وما معه تأيد فالظاهر انه لم يرد اقل مما يطلق عليه الاسم من الزمان ولا الابد ولا الاربعين فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ما ذكرناه والشافعي يصرفه الى الاقل وهو ساعة وعرفت انه لم يقصد والا ترك ذكره ويحصل بالخلاف والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما راتيك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا انه ثبت استعماله لستة اشهر والاربعين سنة والاقل مما يطلق عليه بل انه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط وهو اجزاء الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وان لم يكن مثله في خصوص المدة فينصرف الى ما سمع متوسطا ثم قيل هذا ان تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف بل الظاهر فيه انه للابد كالدهر والعمر وكذا صح الاستثناء منه فلو قال لا اكلمه الزمان الا ستة صح وعهديته الستة اشهر انما يثبت في لفظ الحين ولكون الزمان مثله ان اريد في الوضع مسلم ولا يفيد لان المقصد ان يحمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة على المدة التي استعمل فيها وسطا وان اريد في الاستعمال فيحتاج الى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة اشهر من وقت اليمين بخلاف لا صومن حينا او زمانا كان لدان لعين آتى ستة اشهر شاء وتقدم الفرق

قوله وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد يعني المنكر ينصرف الى ستة اشهر اذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان فان كان عمل به اتفاقا وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احتراز عما ذكر الشيخ ابو المعين من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة رح بين قوله دهرا والدهر والصحيح ان المعرف بالاتفاق يصرف الى الابد وانما التوقف في المنكر لان استعماله لم تثبت على الانحاء الثلاثة المديد والقصير والوسيط فلم يدر بما اذ اليقدر وتقديره بالمتيقن وهو اقل ما يطلق عليه اسم الزمان فيه من الانتفاء ما تقدم ولم يثبت توقيت في زائد عليه فلزم التوقف وقيل انه جار في الحديث ان الدهر هو الله تعالى في قوله صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فاذا قال لا اكلمه الدهر احتمال ان اليمين موبدة والمعنى والله لا اكلمه والله فانك علمت ان حرف القسم يحذف وينصب الاسم ويحتمل انه اراد الظرف وهو الابد قول الشاعر ؎ هل الدهر الا ليلة ونهارها ؎ والا طلوع الشمس ثم غيارها ؎ فالنكرة وان كانت في الاثبات فهي للعموم اي كل طلوع كل غروب الخ وعرف انها تستعمل في الاثبات للعموم بقرينة مثل علمت نفس ما احضرت وهذا الوجه يوجب توقفا في المعرف ايضا لان الذي يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره لنفسه رحمنا الله به وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم من قال لا ادري لما لم يدره فقد اقتدى في الفقه بالنعمان في الدهر والمختشى كذلك جوابه ومحل الطفال ووقت ختان والمراد بالاطفال الطفال المشركين على ما قدمنا في البحائر **فرع** اذا قال لا اكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرا عمره قال في اليد على صوم عمر يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة اشهر الا ان ينوي اقل او اكثر **قوله** ولو حلف لا كلمن اباه

نهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه ايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثنى عشر شهرا لان اللام للعهد وهو ما ذكرنا لانه يرد وعليه

فهو على ثلثة ايام ذكره في الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق قال واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها اوفى الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كالمعرف قال الاسبيجابي والمذكور في الجامع اصح ووجه المصنف بقوله لانه اسم جمع الاسم هو جمع معنى المفرد لا يدري ذكر المنكر افيتناول اقل الجمع وهو الثلث كما يتناول اكثر منه لكن لا معنى للزائد فلزم المتيقن كما لو حلف لا يشتري عبيدا ولا يتزوج نساء يقع على ثلاثة واورد ان حكاية الاتفاق في المثل المذكورة توجب عدم توقف ابي حنيفة في معنى الدهر لان من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع وهذا ليس بشئ اذ قوله الدهور الثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه انه ما هو نعم يلزم لكل عاقل نفي ان يراد به الله سبحانه لمكان الجمع ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما ان حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع الى الغروب وان حلف بعده فهو على ما من وقت حلفه الى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فان كلمه ليلا حنث ولو قال اليوم وقع على بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع او قبله والجواب في الليل مثله في اليوم

قوله ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رح وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والازمنة بالتعريف ينصرف الى عشرة من تلك المعدودات ففي غير الازمنة ظاهر وفي الازمنة يلزمه خمس سنين لان كل زمان ستة اشهر عند عدم النية وقالا في الايام ينصرف الى ايام الاسبوع وفي الشهور الى اثنى عشر شهرا وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة ينصرف الى جميع العمر وهو الابد وجه قولهما ان اللام للعهد اذا امكن واذا لم يمكن صرفت الى الاستغراق والعهد ثابت في الايام السبعة فانصرفت الايام اليها وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف اليها ولا عهد في خصوص فيما سواهما فينصرف الى استغراق الجمع والسنين والدهور والازمنة وذلك هو جميع العمر او هي للعهد ايضا فيها فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس الا العمر وهو قول المصنف لانه لا معهود دونه اي دون العمر وحاصله انه استغراق سمي العمر وجمعه ولانه جمع معرف باللام فينصرف الى اقصى ما عهد استعمالا فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة وعهديته كذلك فيما اذا وقع مميز العدد قبله فانه يقال ثلثة ايام فيكون لفظ ايام مرادا بها الثلاثة بيقين وكذا اربعة ايام وخمسة ايام الى عشرة فكانت العشرة منتهى ما قطع بارادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان معهودا من لفظ الجمع بخلاف قوله لم وقطعناهم اثنتي عشرة اسباطا امما وان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فان الجمع هنا وان اريد به يقينا ما يزيد على العشرة لكنه لوجود ذلك مرادا مرة لا يصير معهودا من اللفظ بحيث يصرف اليه متى ذكر بلا معين وكان المعهود ممن استعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمر ليس الا العشرة فما دونها والعشرة منتهى ما عهد شائعا ارادته به قطعا فيجب الحمل عليه وبخلاف ما اذا لم يقع مميز العدد نحو ذلك الايام مذ ولها بين الناس حيث اريد به جميع الايام فان اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ولا ينكر ان يراد باللام ذلك لكن المقدر انه حيث امكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والغرض ان الحالف لم يرد شيئا بعينه

قوله انه جمع معرف فيفيد ما بين الاقصى وما بين كربلغظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع المحلى والمنين وعندهما ينصرف الى المعهود دون

قالوا يجب ان يصرف الى المعهود المستمر وانما اعتبر اقصى المعهود وان كان مادونه معهودا ايضا لانه عهد استعماله مميزا في العشرة عهد فيما دونها لاستغراق اللام ولما كان الاستغراق الذي يحكم به عند عدم العهد انما ثبت لان مدخول اللام لما لم يكن عهدا ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى يصرف الى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهذا ايضا كذلك لما انصرف الى المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التي اولها ثلثة واقصاها عشرة ولا معين كانت الاستغراق المعهود وبهذا التقرير يندفع ما اورده ابن المغرز قوله وهذا اني كون اقصى ما يراد به العشرة انما يكون عند ذكر العدد وانما الكلام هنا في ذكر المعدود يعني الزائد عليه بالجمع بلا ريب وذكر شارحه ذلك قوله تعالى وتلك الايام نداول فان عدة الشهور قال وليس في قول الحالف لا اكلم الشهور اسم العدد فالصحيح ان يقال انه اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكذا الايام هنا فاندفع ما ظنه انه اندفع لانك علمت ان المقصد التعيين باعتبار المراد بلفظ الجمع على وجه الاستغراق ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم ارادة شئ بعينه وكون لفظ اريد به غير ما عهد مستمرا كثيرا لا يوجب نفي احدية في غيره دائما مشاحة النجاري حيث قال النجاري اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلاثة حقيقة حالتي الاطلاق واقترانه بالعدد ولما زاد على العشرة عند الاطلاق عن العدد والاسم متى كان للشئ في جميع الاحوال كان اثبت محاهو اسم له في حال دون حال فليست لشئ فانه دفع كلامه هذا بقوله كانه لم يبلغ الفرق بين الجمع واسم الجمع فانه اقال العشرة وما دونها حقيقة في حالين ولما فوقها في حالة واحدة وانما قالوا هذا في بعض اسماء الجموع انه يطلق من الثلاثة الى العشرة كما في رهط ونفر ونحوهما ولم يعلم ان الاضافة في قول النجاري اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذي هو الجمع ومثل هذا في عبارات جميع اهل الفنون اكثر واشهر من ان يخفى على ناظر في العلم فحاصل كلام النجاري ان الجمع في العشرة فما دونها اثبت منه فيما زاد عليه لان الاول يراد به في الحالتين والثاني في حالة يعني فكان الحمل على ما عهد له في الحالتين عند عدم المعين لازما وحقيقة ما ذكرناه في سبيل التقرير شرح له والله الموفق نعم لقائل ان يرجح قولهما في الايام والشهور بان عهدهما اعهد وذلك لان عهدية العشرة انما هو للجمع مطلقا من غير نظر الى مادة خاصة يعني الجمع مطلقا عهد للعشرة فاذا عرض في خصوص مادة من الجمع كالايام عهدية عدد غيره كان اعتبار هذا المعهود اولى وقد عهد في الايام السبعة وفي الشهور الاثني عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين اليهما اولى بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والازمنة فانه لم يعهد في مادتيهما عدد آخر فينصرف الى ما استقر للجمع مطلقا من ارادة العشرة فما دونها فان قيل هذه مغالطة فان السبعة المعهودة نفس الازمنة الخاصة والسماة بيوم السبت ويوم الاحد الخ والكلام في لفظ ايام اذا اطلق على عدد من تلك الازمنة الخاصة للسبعة لاشك في عدم شيوعه وفي الاستعمال اذا لم يثبت كثرة اطلاق لفظ ايام وشهور ويراد يوم السبت والاحد الى الجمعة والمحرم وصفر الى آخرها على الخصوص بل الازمنة الخاصة المسميات متكررة وغير متكررة وغير بالغة السبعة بحسب المرادات للمتكلمين فالجواب منع تقدم الصرف الى العهد على تقدم العهد في لفظ النكرة بل اعم من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ اولا عنه فانه اذا صار المعنى معهودا بای طريق فرض ثم اطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الى ذكري وعلمي ومثل الثاني بقوله تعالى اذ هما في الغار اذ يقول لصاحبه الغار هي المعهود لا من لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه وعلى هذا فيجب جعل ما وظيفة من المتاخرين بالعهد الخارجي

ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رح عشرة ايام لانه اكثر ما يثنى والجمع اسم لاقل من ثلثة وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية يتصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع

اعم مما تقدم ذكره او عهد بغيره كما ذكرنا ونظيره قولنا العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست الا عملا عهدا مستمرا ثم يطلق اللفظ الذي صفته العموم او غيره بالتقييد بها العهد بها عملا لا لفظا ولا قوة الا بالعهد قوله ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رح عشرة ايام لانه اكثر ما يثنى وله ان اسم الايام على اليقين على ما تقدم قالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقد يقال قدم في قضاء الفوائت ان الكثرة بالدخول في حد التكرار ومقتضاه ان ينظر الى الكثرة بهذا المعنى هنا ان لا يحنث الا بثمانية ايام وانما لم ينظر الى الكثرة من جهة العرف لان العرف مختلف فربما يقال في الستة كثيرة وربما يقال قليلة وكذا العشرة والعشرون فانه يقال باعتبارات وتنسب لم تنضبط وصورة المسئلة ان لابنية للقائل في مقدار الكثير ففرع كل على اصله ثم قال ابو اليسر اما بلساننا فلا يجيء هذا الاختلاف بل يصرف الى ايام المجمعة بالاتفاق حتى لو قال لعبده ان خدمت كني مرا روزها يسار تو آزاد اذا خدم سبعة ايام لتعلق لان في لساننا تستعمل مع جميع الاعداد لفظة بروز فلا يجيء ما قال ابو حنيفة في انتهاء الايام الى العشرة وهذا حسن والله اعلم فروع قال اول يوم من آخر هذا الشهر فهو على السادس عشر منه وآخر يوم من اول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن كذا عند رأس الشهر او عند الهلال او اذا اهل الهلال ولا نية له فله الليلة التي فيها ويومها وان نوى الساعة التي اهل فيها صحت نيته لانه حقيقة كلامه وتغليظ عليه ولو قال اول الشهر ولا نية فله من اليوم الاول الى خامس عشره وان قال آخر الشهر فمن سادس عشره الى آخره او غرة الشهر فالليلة الاول واليوم الاول في العرف وان كان في اللغة للايام الثلاثة او صلخ الشهر فالتاسع والعشرون وان قال صلوة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس من حين تبدو الى ان تبيض وان قال وقت الصبوحة فمن حين تبيض الى ان تزول فتى اي وقت فيما بين ذلك فعل بر وان قال للمساء فقد تقدم ان المساء مساآن ولو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد رح انكان عندهم حساب يعرفون بالشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام فعلى هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام وقال ابو الليث قال محمد رح ليس عندنا شيء في معرفة الصيف والشتاء انما ترجع فيه الى قول الناس فاذا قالوا بأجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك فيعتبر العرف في هذه المسائل وفي الواقعات والمختار انه اذا كان الحالف في بلد لهم حساب يعرفون الصيف والشتاء مستمرا ينصرف اليه والا فاول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو وآخره ما يستغني الناس فيه عنها والفاصل بين الشتاء والصيف اذا استقل تهب الشتاء واستخف تهب الصيف والربيع من آخر الشتاء الى اول الصيف والخريف من آخر الصيف الى اول الشتاء لان معرفة الناس قبل اذا كان على الاشجار اوراق وثمار فهو صيف واذا بقي الاوراق دون الثمار فخريف واذا لم يبق عليها اوراق فالشتاء واذا خرجت الاوراق دون الثمار فالربيع وهو اذا خرجت الازهار ولو قال الى وقوع الثلج اراد وقت وقوعه فعلى ذلك فهو الشهر الذي يقال له بالفارسية آذر خان لم يكن له نية او نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه الى كنسه ولا يعتبر بالبعير الى العرى وما لا يستبين على وجه الارض ولو وقع الثلج في بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلده حتى لو كان الحالف في بلد لا يقع بها ثلج تأبدت اليمين ولو قال الى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انحنت اليمين ولو ذكر ليلة القدر وان كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها فعلى السابعة والعشرين من رمضان وعند الفقيه ابي الليث وان كان يعرف لا ينصرف اليها والخلاف فيه معروف بين علمائنا وان كان حلف في اثناء الشهر لا يحنث حتى يمضي

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا ان قال اذا ولدت ولدا فانت حرة لان ولادة الميت ولادة حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولادة في الشرع حتى تنقضي به العدة والام بعد به نفاس واثبات ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه فيحنث اليمين كما اذا جزاء كان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رح ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فتقيد بوصف الحيوة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا

حتى يجعى بشاة من رمضان القابل وعند ابي حنيفة رح حتى يمضي كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على انها في رمضان عند الكل لكنه يقول يتقدم ويتأخر وعندهما في ليلة بعينها لا يتقدم ولا يتأخر لكن لا تعرف

باب اليمين في العتق والطلاق لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعد ما تقدم قدمه على ما بعده **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا علق به عتق امته لان بولادة الميت يتحقق الشرط لان الميت ولد حقيقة وهو ظاهر وشرعا حتى انقضى به العدة يصير به نفسا واذا رأت الدم فتحرم الصلوة عليها وتصير به الامة ام ولد وفي الحديث من رواية ابي عبيد عنه عرما انه قال في السقط ليظل محنطيا في باب الجنة حتى يدخل ابواه الجنة يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ اي ينفتح بطنه من الاستلار من الغضب وبلا همز وهو المتغضب المستطيل للشيء والفعل منها احنظار مهموزا واحنطى مقصورا ومن هذا يؤخذ ان السقط له حكم الولد وكذلك هو في الحكم فلو اسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعتقت ايضا لانه ولد حتى صار الامة به ام ولد ولو لم يستبن شيء من خلقه لا يعتبر وتقدم حكمه في الحيض **قوله** ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه انفا لكن ليس محلا للعتق فصار اليمين به ولا ينزل الجزاء كما لو قال ان دخلت فانت طالق فابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولابي حنيفة رح ان الشرط ليس الا الولد الحي هنا بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف الظاهر وهو الحرية لا يكون الا في الحي فتقيد الموصوف بالشرط بالحيوة والا لغى الكلام فكانه قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق للام وحريتها لانه لا يصلح مقيدا للولد بالحي لان الحرية والطلاق واقع وصفا لغيره فلا يلزم تقييده به واورد عليه ما لو قيل ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغيره ثم عبد نفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالاول ولم تقيد ضرورة وصفه بالحرية بالعبد لنفسه واجيب بان المشترى لغيره محل الاعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج الى اضمار الملك فيه واما الميت فلا يصح ايجاب العتق به لا موقوفا ولا غيره وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من ان قوله ان دخلت فانت طالق فان الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ومع هذا لو ابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت فلم يقع بعده ولم يضمر قوله ان دخلت الدار في عصمتي ونحوه لانها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى لانه لو قال ان تزوجتك فانت طالق صح وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق وفي الايضاح لو قال اول عبد دخل علي فهو حر فاشترى عبدا ثم عبد حي العتق الحي ولم يذكر الخلاف والصحيح انه على الاتفاق لان العبودية لا تبقى بعد الموت ولو قال اول عبد املكه فهو حر فاشترى عبدا ونصفا معا عتق التام بخلاف ما لو قال اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصفا كذلك لم يهد شيئا لان النصف يزاحم كل نصف من الكر لانه مع كل نصف منه كر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه ذكره

الحر فيثبت الولاء للاول ولا يثبت للثاني لان الولاء لحمة كلحمة النسب فلا يثبت لاثنين كما لا يثبت النسب لاثنين ولنا ان الاول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق ولا يتحقق الثاني لان مشتري جميعهم عتق واحد منهم لانعدام المتفرد في الاولين والسببان في حالة الشراء فانعدمت الاولية فيه ولا يكون قوله اول عبد اشتريته وحده فهو حر عتق الثالث لانه يريد به المتفرد به في حالة الشراء لان وحده للحال لغة فتقيد عامة به الشراء بمعناه فيفيد ان الشراء في حال انفراد المشتري به وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال اول عبد املكه واحدا لا يعتق الثالث لان واحدا يحتمل التنكير في الذات فيكون حالا مؤكدة لان الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لان كلا من الاولين كان اول عبد له في ذاته فزوال هذا المعنى فائت في ذاته فزوال سابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث اولا بهذا المعنى ويلزم على هذا لانه لو قصد بهذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فيكون بمنزلة فيعتق لانه المنفرد في تعلق الفعل بخلاف الاولين فلا يعتق بالشك والتعليل لانه يحتمل ان يكون حالا من العبد وان يكون حالا من المالك اي حال كوني منفردا فلا يعتق بالشك لما اشار شمس الائمة قاضيخان قوله وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لان الآخر فرد لاحق والاول ان له سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق ولم يعتق وهذه المسألة مع التي تقدمت تحقق ان المعتبر في تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفي الاولية عدم تقدم غيره له وجودا آخر متأخرا عنه وللام يعتق المشتري في قوله اول عبد اشتريه فهو حر اذا لم يشتر بعده غيره ولو اشترى عبدا ثم عبدا في قوله آخر عبد اشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقا لانه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا في وقت عتقه فقال ابو حنيفة يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال لكان اشتراه في الصحة والاعتق من الثلث وقالا يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه في الصحة او المرض وجه قولهما ان الآخرية لا تثبت لانعدام شراء غيره بعده الى الموت نصا كانه قال ان لم اشتر بعدك آخر فانت حر وانما يكون الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه فكذا اذا كان معناه ثابتا ولابي حنيفة رحمه الله الموت معرف للشرط فليس بشرط وانما الشرط اتصافه بالآخرية وهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء الا ان فوات الصفة بارضية للزوال بان يشتري بعده غيره فاذا مات ولم يشتر تبين انه كان آخرا من وقت الشراء فتبين ان عتقه من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق فرأت الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتى يمتد ثلاثة ايام فاذا امتد ظهر انها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر ان ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخرية انما تثبت بعدم شراء غيره وان العدم لا يتحقق الا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط عدم الشراء بل امرا آخر لا يتحقق الا عند الموت وانما يقع عتقه مقتصرا لانه لو كان هو نفس الشرط فاذا كان المنظر لتحقق الشرط ثبت عتقه مستندا وعلى هذا الخلاف اذا قال لغير امرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فدخل ثم اخرى ثم مات لم يقع عند ابي حنيفة الا واحدة مقتصرا عنده وعندهما يقع ثلاثا مستندا عنده وفائدة هذا الخلاف تظهر في حرمان الارث وعدده فعندهما ترث لانه يجعل فارا حيث جعل الطلاق في آخر نفس من حياته ويلزمه مهر واحد ان كان دخل بها وكذا ان لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد رحمه الله ويوسف رحمه الله الطلاق لا غير ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لا ترث لانها طلقت ثلاثا وقت تزوجها حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالسابق قبل الدخول ولم يعتبر صدور الطلاق بعد بخلاف قوله ان لم اتزوج عليك فانه اذا مات يعتبر طلاقها على الحال بالاتفاق لانه صرح بكون الشرط عدم التزوج بعده فيتحقق بعد موته ولم يشترط ان يكون مع آخر جزء من حياته آخر جزء من العدم المجعول شرطا فلم يكن العدم السابق تمام الشرط لانه اذا لم يتم اخر الشرط لا يتحقق الشرط بخلاف الآخرية فانها تتم بآخر جزء من حياته ولو قال لآخر امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم اخرى ثم طلق الاولى وتزوجها ثم ماتت لم تطلق التي تزوجها مرة لان ايقاع الطلاق عليها

ومن قال كل عبد لبشر لي بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم تجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فارواه

اتصفت بالاولية فلا تتصف بالآخرية كقوله آخر عبد اضربه وضرب عبدا ثم آخر ثم اعاد الضرب على الاول ثم مات عتق الذي ضربه ثانيا لا المعاد عليه

قوله ولو قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين اي متعاقبين عتق الاول منهم فقط لان البشارة انما تحققت منه لانها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف واما في اللغة فهو ما يغير البشرة سارا وضارا قال تعالى فبشرهم بعذاب اليم ولكن اذا وقع بما يكره قرن بذكر بابه الوعيد كما في الآية المذكورة فلو ادعى انه في اللغة ايضا خاص بالمحبوب ما دروى المكروه فمجاز دفع بمادة اشتقاقه وهي البشرة فانها تفيد ان لذلك الخبر اثرا في البشرة ولا شك ان الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته في المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب الا ان على العرف بنار الايمان فان بشروه معا عتقوا لان البشارة تحققت من الكل قال تعالى فبشروه بغلام عليم فنسبها الى جماعة فحقيقة تتحقق بالاولية من فرد واكثر واصله ما روي انه عدم ابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال عمر من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل فليقرأ بقراءة ابن ام عبد وابتدره اليه ابو بكر وعمر رضا بالبشارة فسبق ابو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول متى ذكر بشرني ابو بكر واخبرني عمر ولو كان مكان البشارة اخبارا بان قال اخبرني والباقي بحاله عتق الكل ثم ان عدى بالباء وبان قال ان اخبرتني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لافادتها الصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى انها انما يتصور لصوقها الاخبار بنفسه يعني بنفس الفرد لفظا وهو الواقع في الكذب في اشتراط الصدق بناء على ان تحقق الالصاق انما يكون بالصاق الاخبار بنفس الواقع بخلاف ما لو قال ان اخبرني فلانا قدم عتق كل من اخبره صدقا او كذبا وقد اورد على اشتراط الصدق في البشارة ان تغير البشرة كما يحصل بالاخبار البشارة صدقا كذلك يحصل كذبا واجيب بما ليس يفيد والوجه فيه نقل اللغة والعرف قوله ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان وقوعه كفارة يحتاج الى نية الكفارة وهذه النية تشترط قرانها بالعلة العتق وهي اليمين وهذا تساهل فان علة العتق هو قوله هو حر جزاء اليمين فان اليمين هو مجموع التركيب التعليقي واذا كان الشرط ذلك والفرض انه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها فهذا لان العتق وان كان ينزل عند وجود الشرط لكنه انما ينزل بقوله انت حر السابق فاذا العلة اما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدي حر بلا نية ثم نوى عن كفارته لا يجزيه لان النية شرط متقدم لا متاخر وانما صحت في الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عند اذا اشتريته فهو حر من كفارة يميني فاشتراه عتق عنها وكذا لو قال هو حر يوم اشتراه يريد عن كفارتي واورد عليه ان الجزاء المعلق انما ينعقد علة عند الشرط والشراء هو الشرط وقد قرنت النية بالعلة فينبغي ان يقع عنها بالقران النية بالعلة والجواب انه لما كان قبل الشرط بعرضية ان يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرت الاهلية عنده اتفاقا ولو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر اصلا فكذا يجب ان تعتبر النية عنده

قوله وان استثنى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد وهو قول ابو حنيفة اولا لان العلة للعتق هي القرابة المحرمة للاسترار القريب لانها التي ظهرت اثرها في وجوب الصلة كالنفقة وهي الموثرة في العتق وانما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء او غيره كالهبة والارث واما ان يكون الشراء لنفس العلة فلا لانه لاثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه ولنا ان شراء القريب اعتاق لما روى الستة الا البخاري كلهم من حديث سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة رضي

ولو اشترى ام ولده لم يجز ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتريها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يحتل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذه الجارية منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسريها لم تعتق بهذه اليمين خلافا لزفر فانه يقول التسرى لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا

عنه عرما انه قال لن يجزى ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه يريد فيشتريه فيعتق به عند ذلك الشراء وبهذا اجماع على انه لا يحتاج الى اثبات عتقه على اعتاق زائد بعد الشراء ولا شك ان القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من ان المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فارواه فالترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سهى فسجد وزنى ماعز فرجم كما بين في قول زفر وغيره وقد ثبت ان الملك ايضا كذلك بالنص مع انه يشتمل على عين حكمة وذلك ان في ترتيب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه اياه كالبهائم والامتعة ولمصلحة الصلة وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جمعنا بينهما واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب اعتاق غير ان الشراء علة العلة اي علة جزء العلة اي ولما كان الشراء لاختياري اضيف الحكم اليه ولزمت النية عنده فاذا نوى عند الشراء انه يشتريه عن كفارته صح بخلاف اذا ملك الاب وغيره بالارث فان يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته اذا نواه لانها نية متاخرة عن العتق على ما تقدم بخلاف ما اذا وهب له او اوصى له به او تصدق به عليه فنوى عند القبول ان يعتق عن كفارته فانه يصح لسبقها مختارا في السبب وبما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة واما المنافات التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك والاعتاق ازالته فهو بناء على ظاهر اللفظ وقولنا شراء القريب اعتاق وقد علمت انه انما يوجب الملك وملك القريب علة العتق فالاضافة اليه اضافة الى علة بعيدة والمنافاة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب الشراء ولا فالحاصل ان عتق ام الولد عن الكفارة لا يجزى معلقا ولا منجزا والفرق بين الشيئين مع ان الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهو القرابة والاستيلاد ان ام الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل اعتاقا من وجه قال عرم اعتقها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه ولم يكن عتقها بالشراء او تخييرا اعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث في اليمين وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء عتق من وجه بخلاف ما لو قال لقنة ان اشتريتك فانت حر عن كفارة يميني حيث يجزيه اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يحتل اضافة العتق الى الكفارة وقد قارنته النية فكمل الموجب قوله ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة اعلم ان التسرى ههنا تفعل من السرية وهو اتخاذها سرية والسرية ان كانت من السرور فانها تسر بهذه الحالة وتسر مولاها ومن السر والسيارة فضم سيرها على الاصل وان كانت من السر بمعنى الجماع او بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى على الزوجات الحرائر فضمها من تغيرات النسب كما قال وهري بالضم في النسبة الى الدهر وفي النسبة الى السهل من الارض سهلي بالضم والفتح منه بحسب اعتبار مصدره فان اعتبري التسري قيل التسري بابدال الباء الفا كتحركها وانفتاح ما قبلها وان اعتبر التسرر قيل تسرر وكان القياس ان لا يقال الا تسرى في المصدرين لانه اتخاذ السرية لكن لوحظ فيه اصل السرية وهو السرور او السر فاستعمل بالياء مع تعين ابدال الياء الفا وخصت لانها هي الاصل ومنه ما ذكره ابن الاثير عن عائشة وسئلت عن المتعة لانجد

ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذا فرق بين مسئلتنا

في كتاب الله تعالى النكاح والاستمرار والقياس الاستراء بهمزة هي بدل الياء الواقعة طرفا بعد الف ساكنة كهمزة كساء ومعنى التسري عند ابي حنيفة ومحمد ان يخص امته ويعد لها للجماع افضى اليها بنائيه او عزل عنها وعند ابي يوسف ونقل عن الشافعي رحمهما الله لا يعزل ما لم يعزم مع ذلك فعرف انه لو وطئ امته له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لنا ان مادة الاشتقاق سواء اعتبرت من السرور او ما يرجع الى الجماع او غير ذلك لا تقتضي الانزال فيها لان الجماع والسرور واليسار كل منها يتحقق دونه فاخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف في التسري تحصينها لطلب الولد دائما ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير ان تلد له اذا عرف هذا فاعلم انه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحضنها ووطيها حنث ذكره القدوري في التجريد عن ابي حنيفة ومحمد رح ولو قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية وفي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا يعتق عندنا ولا عند احد من الائمة الثلاثة مالك وشافعي واحمد رح وقال زفر يعتق لان التسري لا يصلح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكانه قال ان ملكت امة فتسريتها فهي حرة وصار كما لو قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا حتى لو تزوجها وطلقها عتق العبد وعللنا لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه والثاني باطل بالاجماع وهذا لان التسري ليس نفس الملك ولا سببه بل قد يتفق بعده وقد لا يتفق فان حقيقته ليس الا اعداده لان حضنها للجماع فانما يستلزم وجوده وجود الملك سابقا على ابتداء التحصين والاعداد او مقارنا وهذا القدر لا يستلزم احضاره عند التكلم اصلا فضلا عن حضوره ثم تقديره مرادا لانه ليس لازما بينا له لزول اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها بتعقل ما هو ملزوم لها في الخارج بخلاف ما لو قال ان ملكت امة وتسريتها الخ فانه صرح بجعل الشرط الملك وبخلاف ما قاس عليه من قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر لان عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط الملك غير ان الشرط مجموع ان تزوجتك ثم طلقتك فعبدي حر بل لاقتضاء شرط الملك غير ان الشرط هناك اذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده اما ههنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق المتسرى بها لاحتياجه على امر زائد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك او سببه ولهذا ثبت الملك ههنا لضرورة صحة التسري به فقط لان الثابت ضرورة امر لا يتعدى وزانه ثم لا يثبت عند التسري عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالاعتاق المعلق قبل ملكها الى كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد فظهر ان هذه ليست وزان مسئلتنا وانما وزانها لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول في هذه لا تطلق الا آخرين البائنتين لو طلقها واحدة بعد ان تزوج بها لما ذكرنا من ان شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل التزوج كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبر اللفظا وان لم يكن مدلولا التزاميا للتصحيح الجزاء فيما اذا علم ان غرض اليمين المحل فانه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزاء كما قدر ابو حنيفة رح لفظ حيا

ومن قال كل مماوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا وبهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطئ المكاتبة بملك ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق وهذه وهذه تلفت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بينا

في قوله ان ولدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزاء العلم بان غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتخفيفا عليها وفيما ليس كذلك بل الغرض منع الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء وخلف البتة من هذا القبيل وقد سئل هنا فقيل ان نوى فرد لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله اعتق عبدك عني بالف انه يعتق عن المامور فكيف خالف هذا وحكم باعتباره وتقديره واجيب بانه لا يلزمنا اصلا حه له فان مناقضته لا تضرنا ومنهم من اجاب بانه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عنده فهم معنى التسري واعترض بان الدلالة لا بد فيها من صورة اصل وفرع وعلة حتى قيل هي قياس غير انه لا يفتقر الى البتة الاجتهاد في فهم حكم المسكوت فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا في تحرير الاصول عن فخر الاسلام تفسير الدلالة بمعنى دلالة الالتزام وان لم يرضه هذا والتحقيق ان ليس هذا من المقتضى لان المقتضى ما يكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطا او شرعا مثل اعتق عبدك عني وقول القائل لتسريت لا يتبادر كذبه فيحتاج في تصحيحه الى التقدير ازالة للخطا وتصحيحا لما لم يصح ظاهره وهذا على وزان ما قلناه في ان اكلت بل الحق انه في اللغة والعرف واحد وهو اعداد المملوكة الخ لا الاعداد الاعم منها ومن المزني بها فهو مدلول تضمني من قبيل العبارة قوله ومن قال كل مملوك لي حر لتعقق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اي اضافة الملك الكامل في هؤلاء الى السيد ثابتة رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون فدخل الاماء والمذكور ولو نوى المذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لانه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ذكره ولا عموم الا للفظ فلا تعمل نيته بخلاف الرجال لان لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لانه تعميم مملوك وهو المذكور وانما يقال للانثى مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل لها المملوك عادة يعني اذا عمهم مملوكه باد خال كل ونحوه يشمل الاناث حقيقة كما ذكر في جمع المذكر كالمسلمين والواو في فعلوا على انه عند الحنفية والحنابلة حقيقة في الكل فلذا كان نية المذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء ولو قال لم انو المدبرين ففي رواية يصدق ديانة لا قضاء وفي رواية لا يصدق ديانة ولا قضاء قوله ولا يعتق مكاتبوه يعني بقوله كل مملوك لي حر وكذا امعتق البعض عند ابي حنيفة رح لان الملك فيهم غير ثابت يدا وبهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطئ المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبر فاختلف اضافة الملك اليهم فلا بد من ان ينويهم بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغي لو قال كل مرقوق لي حر ان يعتق المكاتبون لان الرق فيهم كامل ولا تعتق ام الولد الا بالنية قوله ومن قال لنسوة هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاولين لان كلمة او لاحد المذكورين وقد ادخلها بين اولين ثم عطف الثالثة على المطلقة منهما والعطف يشترك في حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز انما التوقف في التعيين فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه وهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده

هذا حرا وهذا وهذا عتق الاخير ويتخير في الاولين لما بينا ومثله لو قال لفلان علي الف او لفلان وفلان كان لكل نصف الالف للشائع وعليه بيان من له النصف الآخر من الاولين وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الاحد المفهوم من هذه او هذه يصح على هذه الثانية وح لا يلزم الطلاق في الثالثة لان الترديد بين الاولى فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان كذلك والله اعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك من الطلاق والعتاق والضرب

ولما كان الايمان على هذه التصرفات اكثر منها على الصلوة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها والحاصل ان كل باب عقده فوقوعه اقل مما قبله واكثر مما بعده واعلم ان الاصل عندنا ان كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر ليستغني الوكيل فيه عن نسبة العقد الى الموكل ولا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المامور لوجوده من المامور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشتري ولا يؤجر ولا يستاجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذي يستتاب فيه ويحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يقول ادعى لموكلي وكذا الفعل الذي يقتصر اصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث في شيء من هذه بفعل المامور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المامور كما يحنث بفعل نفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به او لا يطلق او لا يعتق بمال او بلا مال او لا يكاتب او لا يهب او لا يتصدق او لا توصي او لا يستقرض او لا يصالح عن دم العمد او لا يودع او لا يقبل الوديعة او لا يعير او لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الآمر كحالفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المامور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار **قوله** ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد من العاقد لا من الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد اليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن او المثمن والمخاصم بالعيب وبالعين المؤجرة والاجرة ولهذا لو كان العاقد بطريق الوكالة في هذه هو الحالف لا يبيع الخ يحنث في يمينه لصدق انه باع واشترى واستاجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعي في الاظهر وعند مالك واحمد يحنث لان بالامر يصير كانه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق رأسه فامر من حلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه حقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما وانما الثابت له حكم العقد الذي هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم الاعلى بخلاف الحلق لان اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بان كان ممن يقدر على ذلك وبفعله وقوله الا ان ينوي ذلك استثناء من قوله لم يحنث يعني فاذا نوى البيع بنفسه او وكيله يحنث ببيع الوكيل او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه فانه يحنث وان لم ينو لان مقصوده من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعادة وان كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات ثم لو فعل الامر بنفسه يحنث ايضا لانعقاده على الاعم من فعله بنفسه

ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث كان الوكيل في هذا سفيرا ومعبرا لانه لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق انشاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له يرجع الى المامور ولو قال عنيت ان لا اولي ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ يتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الذبح والضرب فعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء

او مامور ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة ويوكل اخرى تعتبر الغلبة وكل فعل لا يعتاده الحالف كائنا من كان كحلفه لا يبني ولا يطين انعقد كذلك قوله ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث يعني اذا فعله الوكيل وهو قول مالك واحمد ووجه للشافعية والاكثر هم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسبته الى الآمر مجازا ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما بفعل المامور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وانتم تابونه قلنا لم يملك اضافته الى نفسه بل لا يستغني عن اضافته الى موكله كانه ناقل عبارته للموكل فانصاف العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به الا ترى انه يقال في العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر او حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم احكام هذه العقود نظرا الى الغرض وهو اعم مما يلزم بمباشرته او مباشرة مامورة وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وفيما بينه وبين الله تعالى يدين ولو خلعها وقال انت طالق باين حنث ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث عند ابي يوسف لان الايلاء طلاق موجل فعند مضيها يقع مضافا الى الزوج وعند زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما دفعا لضررها فلا يكون شرطا لحنث موجود ولو كان عينا ففرق بينهما بعد المدة لم يحنث في قول زفر وعن ابي يوسف روايتان ولو زوجه فضولي فاجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفي الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الائمة والاصح عندي لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل المخير بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين او قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل او اعتق يحنث لان عبارة الوكيل هنا منقولة اليه قوله ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث لان له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره فلملكه اياه انتقل فعل الضرب اليه بواسطة الامر به ثم منفعته راجعة الى الآمر على الخصوص وهو ما يحصل من ادبه وانزجاره فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المامور وفرض المسئلة في ضرب عبده احترازا اما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره الا ان يكون الحالف سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فملكا الامر به ولو قال عنيت ان لا الي لك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام شرعي يوجب اثرا شرعيا في المحل وهو الفرقة والامر بذلك مثل المتكلم به لان المامور به كالرسول ولان لسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق القاضي من حيث انه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض ان مقتضياته لا ترجع اليه وهي الحقوق وحقيقة المراد ان الطلاق وما معه لما كان لفظا يثبت عند اثر شرعي فالحالف على تركه حلف على ان لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى اعم من ان يتحقق بمباشرته او مباشرة المامور فنيته احدهما خلاف الظاهر اما الذبح والضرب ففعل حسي لا يتوقف تحقق اثره على الامر لان الضرب يثبت مع اثره من الفاعل بلا اذن

ومن حلف لا يضرب ولده فأمر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأديب والتثقيف فلم ينسب
فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته لا يتأدب به فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب
فأمره انه طالق فلبس الحالف عليه ثوبه في ثياب المحلوف عليه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به
وذلك بان يفعله بأمره اذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له
سواء كان بأمره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاص العين به وذلك
بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق
الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء

فنسبة الفعل الى الامر مجازية باعتبار تسببه فيه فاذا نوى ان لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه بخلاف الكلام المجعول اسبابا شرعية لاثار
شرعيته لانثبت تلك الآثار به الا باذن عن ولاية فلما كان للاذن فيها اثر انقلها الى المحالف قالوا وثبوت تصديقه قضاء في ضرب العبد
رواية في تصديقه قضاء في الطلاق لان حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدق في الفصلين وهو قول الشافعي والحق ان الفرق
ثابت ولكن تاثيره في اختلاف الحكم غير ظاهر فان كون الفعل تتحقق اثره بلا اذن والقول لا يتحقق اثره الشرعي الا باذن لا يحرم
عنده بلزوم الفرق المذكور **قوله** ومن حلف لا يضرب ولده فأمر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة
الى الولد المضروب وهي التأديب والتثقيف اي التقويم وترك الاعوجاج في الدين والمروءة والاخلاق فلم ينسب فعل المأمور
الى الآمر وان كان يرجع الى الاب ايضا لكن اصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المتصف بها فلا موجب للنقل واما في عرفنا
وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشر ويقول العامي لولده غدا اسبقك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد
ان يضربه فيعد الاب نفسه قد حقق العادة ذلك ولم يكذب فمقتضاه ان ينعقد على معنى لا يقع بك ضربك من جهتي وحينئذ لفعل المأمور

قوله ومن قال ان بعت لك هذا الثوب الخ لانه لا يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد اما على جعل المخاطب مشتريا له فيها فاللام للاختصاص
واما على جعلها فيها للتعليل اي بعته لاجلك فهي ايضا تفيد الاختصاص على ما ذكرو لكن الوجه الظاهر في الاستعمال انه اذا وليت لام الفعل متوسطة بينه و
بين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل ووجه افادتها الاختصاص هو انها تصنيف متعلقها المدخولها ومتعلقها الفعل ومدخولها كان المخاطب
اي فيفيد ان المخاطب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد انه لا يتم فاد اطلاق فعله الا من جهته وذلك يكون بامره واذا باع بامره كان بيعا اياه من اجله
وهي لام التعليل فصار المعقود عليه ان البيعة من اجله فاذا ذاك المخاطب ثوبه بلا عمله فباعه لم يكن باعه من اجله لان ذلك لا يتصور
الا بالعمل بامره ويلزم من هذا كونه اذا لا يكون الا في الافعال التي تجري فيها النيابة كالصياغة نحو ان صنعت لك خاتما وكذا ان خط
لك وان بنيت لك بيتا بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا للمخاطب سواء كان باذنه او بغير اذنه
لان المحلوف عليه يوجد من امره وعدم امره وهو بيع ثوب مختص للمخاطب لان اللام هنا اقرب الى الاسم الذي هو الثوب منه الى
الفعل والقرب من اسباب الترجيح فيوجب اضافتها الثوب الى مدخولها على ما سبق مثله ما لو وليت فعلا لا تجري
فيه النيابة مثل الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلو قال ان اكلت طعاما او طعاما لك او شربت
لك شرابا او شرابا لك او ضربت لك غلاما او غلاما لك او دخلت لك دارا او دارا لك فانه يحنث بدخول دار يختص به المخاطب
اي تنسب اليه واكل طعام يملكه سواء كان هبة او بعلمه او دونها ثم ذكر ظهير الدين ان المراد بالغلام الولد لان ضرب العبد
يحتمل النيابة والدلالة فكان كالاجارة قال تلميذه فبشروه بغلام عليم وقال قاضي خان المراد به العبد المعروف ولان الضرب
مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام الى ما يملك لا الى ما لا يملك **قوله** ومن قال هذا العبد حر ان
بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والغرض ان الملك فيه قائم لان خيار البائع لا يوجب خروج المبيع
من ملك البائع فينزل الجزاء لوجود الشرط المحل ولو باعه بيعا فاسدا فان كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه بان كان مقبوضا

وكذلك لو قال للمشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك تأثيره فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع

لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لانه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه الى المشتري قيل وهذه تدل على ان المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط للثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك الشرعي ثبوتا من المشروع الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق ويمكن ان يقال بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم يزل العتق لانه بعده ولم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره وعلى هذا ان المعلول عقيب العلة كما هو راي المصنف وعرف بهذا وجه تقييده المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لانه لو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق **قوله** وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعني للمشتري يعتق ايضا اما اذا اشتراه شراء فاسدا باتا فان كان في يده مضمونا لانه غصبه عتق لانه صار معتقا ملك نفسه ولو كان شراء صحيحا عتق بالطريق الاولى لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه اما على قولهما فظاهر واما على قول ابي حنيفة فلان العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده وهو لو اشتراه بشرط الخيار واعتقه قبل اسقاط الخيار يعتق وثبت الملك سابقا له شرطا اقتضائيا وكذا هذا واورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول ابي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما اذا قال ان تزوجت فلانة فهي حر فتزوج نكاحا فاسدا مع ان كلا منهما لا يفيد الملك واجيب بان البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل اذ الحرية تنافي ورود الملك فكيف اذا كان فاسدا فلا يحكم بانه الشرط الا اذا صح ويمكن ان يقال لا ورود لهذا السؤال فان هذا البيع وان كان بشرط الخيار للمشتري فانه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليق السابق عتق من يشتريه فانه يلزم ان ينزل العتق عند الشراء لانه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح واورد منع كون المعلق كالمنجز لان المنجز لو لم يثبت عنده الخيار والحكم بتقدمه يلغو والمعلق لا يلزم الغاؤه لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذ ذاك ولا يلغوا واجيب لما امكن ان يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في اثباته وجب اعتباره اذ ذاك والا جاز ان تفسخ قبل المدة فلا يعتق بخلاف ما اذا اشتراه اياه بشرط الخيار لا يعتق الا ان يمضي المدة عند ابي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه تكلم بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره وانما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله من ملك ذا رحم بالملك بالشراء اما هنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا انت حر فينفسخ الخيار ضرورة **قوله** ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر امطلقا طلقت لان الشرط وهو عدم بيعه قد تحقق لوقوع اليأس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير فصار كما لو علق طلاقها بعدمه فجاءت اوبات العبد فانها تطلق لوقوع اليأس واورد عليه منع وقوع اليأس في العتق مطلقا بل في العبد اما في الامة فجاز ان ترتد بعد العتق فتسبى في ملكها هذا المحالف فيهما وفي التدبير مطلقا لجواز ان يقضي القاضي ببيع المدبر وايد بان

واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف رح انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه وكان غرضه اعراضها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد نواه على ما وقع الجواب فيجعل مستثنى وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يستطيع مقيدا وان نوى غيرها يصدق في ديانته لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قال ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ما ثور عن علي رض ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وانشاء ركب واهراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شيء عليه لان التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف

من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاعتبار والصحيح انها تطلق لان ما فرض من الامور الموهومة الوقوع فلا يعتبر لان الحالف على بيع هذا الملك لا كل ملك واجيب ايضا عن المحمدين فان بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيتيقن ولا فرق بين كون العبد ذميا او مسلما ويجري اختلاف المشايخ فيه والتصحيح

قوله واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وان قال لم أنو غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق في القضاء

وهي مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكر وعن ابي يوسف في شروح الجامع الصغير انها لا تطلق واختاره شمس الائمة وكثير من المشايخ لان الكلام خرج جوابا فينطبق على السؤال فكانه قال كل امرأة لي غيرك طالق دلالة لان غرضه ارضاؤها وايحاشها وهو ظاهر الرواية ان اللفظ عام ولا مخصص متيقن لانه ان كان فهو غرضه ارضاؤها وجاز كون غرضه ايحاشها لاعتراضها عليه فيما احل الله فكان محتملا الكل من الامرين فالحكم بمعين تحكم ولانه زاد على قدر الجواب اذ يكفيه ان يقول ان كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم يقتصر جعل مبتدئا متحرزا عن الالتباس فروع قال لي اليك حاجة اقتضيها فقال لا نعم وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتي ان تطلق زوجتك ثلاثا لا ان لا يصدقه لانه متهم ولو حلف ليطيعنه في كل ما يامره به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا اذا كان مما يدل على قصده الى ذلك عند ابي حنيفة على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون النهي عن الاكل والشرب حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الايلاء يحنث لا بما لا يضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا باجازة خلع الفضولي بالفعل ويحنث لو اجازه بالقول قال امرأته طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان انه دخلها اليوم فقال عبده حران كنا رايانا في دخلت لم يعتق عبده بقولهما رأيناه دخل حتى يشهد اخران غيرهما ان الا يمين رايا دخل او عت انها امرأته فحلف بطلاق زوجة اخرى له ما هي امرأته فاقامت بينة انها امرأته فقال كانت امرأتي فطلقتها قال لا يحنث حلف ما له على شيء فشهدا ان له عليه الفا وقضى بها القاضي يحنث في قول ابي يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند ابي يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهدا انه اقرضه الفا والمسئلة بحالها لا يحنث في قولهما حلف بطلاق لا يدري حلف بواحدة او اكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحري فان استوى ظنه يأخذ بالاكثر احتياطا قال عمرة طالق الساعة او زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على احدهما حتى تدخل الدار فاذا دخلت احدهما خير في القاعه على ايهما شاء ولو اتهمت امرأة بالسرقة فامرت زوجها ان يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج ان لا يصدقها لانها صارت متنا قضة حلف ان لا يجامع امرأته الف مرة فهي طالق قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فكلمه يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا يحنث في قول محمد والاصل انه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وهما يعتبران وقت التكلم والله اعلم

باب اليمين في الحج والصوم والصلوة قدمها بعد ما تقدم لانها عبادات فترجح في نفسها فيقتضي ذلك ان تقدم الا ان يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لاهمية التقديم قوله ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة

ولو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا او المروة فليس عليه شيء وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت بالانتقال وكذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار كما لو ذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه ولابي حنيفة رح ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع صحة

وكذا على المشي الى مكة او بكة بالبصار فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما والتقييد بكونه في الكعبة مذكور في الجامع الصغير ليفيد ان وجوب احد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار انه مدلول اللفظ والالف لانه لا يلزم المشي الا ليصل اليه فاذا كان فيه استحال التسبب لحصوله والحق ان يقال ليس باعتبار انه مدلول اللفظ لان الواقع ان مدلول المشي ليس هو الحج او العمرة بل ولا يستلزمه لجواز ان يمشي الى البيت ولا يفعل نسكا اما ابتداء معصية واما بان يقصد مكانا في الحل داخل المواقيت ليس غيره فاذا وصل عليه صار عكسه حكم اهله وله بعد ذلك ان يدخل مكة والبيت بلا احرام وهذا لان من الجائز ان يكون في البيت ويوجب المشي اليه مرة اخرى فيلزمه اذا خرج ان يعود كما لو كان في بيت فقال والله لادخلن هذا البيت فان عليه ان يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم لذلك مجازا باعتبار انه سبب الاحرام صونا له عن اللغو لانه ليس لازما له لجواز ان يقصد بسيره مكانا داخل المواقيت ليس غيره كما ذكرنا ولا بالنظر الى الغالب وهو ان الذاهب الى هناك يكون لقصد الاحرام لما عرف من القارئ الالفاظ وهي ما اذا نذر الذهاب الى مكة كان قال علي الذهاب او لله علي الذهاب الى مكة والسفر اليها او الركوب اليها او المسير او المضي انه لا يلزمه شيء مع امكان ان يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لانه تعورف ايجاب احد النسكين به فصار فيه مجاز التعويل حقيقته عرفيته مثل ما لو قال علي حجة او عمرة والا فالقياس كما ذكره المصنف ان لا يجب بهذا شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة وهي المشي ولا مقصودة في الاصل ولو قيل بل هي واجبة فان المكي اذا قدر على المشي يلزمه الحج ماشيا اجيب بان الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب ان يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلوة والمشي المذكور وكذا السعي الى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركبا ويقدر على المشي الا انه قد يكد عليه الطواف فانه واجب مقصود لنفسه لاشتراط الغيره الا ان يراد من جنس المشي الى مكة مواورد ان الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب اجيب بان شرط الصوم ومن جنسه واجب لتوجيهان ايجاب المشروط ايجاب الشرط ولاختفاء في بعده وان وجوب الصوم مع وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الآن في صحته وجوب التبرع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع المشروط وان استدل بالاجماع او النص المتقدم في حديث نذر عمر رض الاعتكاف في الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهره لانهم والشافعي لا يصحح نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الاجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب اهدار اشتراط وجود واجب من جنسه واذا تعارضوا للايجاب صار كقوله علي زيارة البيت ماشيا فانه يوجب لذلك ولو اراد بيت الله بعض المساجد لم يلزمه شيء وكذا لا يلزمه بقوله علي المشي الى بيت المقدس او مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شيء وورد انه اذا كان كقوله علي حجة او عمرة ينبغي ان لا يلزمه المشي لانه لو قال علي الحج لا يلزمه والجواب ان الحق ان التقدير على حجة او عمرة ماشيا لان المشي لم يهدر اعتباره شرعا فانه روي عن ابن عباس رض ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى البيت فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان يركب ويهدي بدنة ويهدي هديا رواه ابو داود وغيره وسنده حجة وما في صحيح مسلم انه قال لتمش ولتركب فمحمول اما على ذكر بعض المروي وعلى هذا اقتصرنا في كتاب الحج يعني ان محل الاشكال جواز تركهما ولو اهدت كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له ان يفرق ويتصدق بل او فرق لزم استيناقه فاقتصر الراوي على ذلك ليفيد وقوع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر او محمول على حالة

ومن قال عبدي حران لم احج العام فقال بعت وشهد شاهدان على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يعتق كان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لنا فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا

الجهد فان في بعض طرقه وانها لا تطيق ذلك ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هناك ذيلا طويلا وفروعا جمة وان الراجح ان يلزمه بمشي من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات يعني الخلاف فيما اذا لم يحرم منه بل يلزمه المشي منه او من حيث يحرم فيه من الميقات اما لو احرم من بيته لزمه المشي عنه بالاتفاق واعلم ان في بعض طرق حديث عقبة قال ولتهد بدنة لكنهم عملوا باطلاق الهدي في الحديث الآخر الثابت في الصحيحين واخرج الحاكم في المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خطبة الا امرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وقال ان من المثلة ان يندر الرجل ان يحج ماشيا فمن نذر ان يحج ماشيا فليهد بدنة وليركب وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لكن حمل المطلق على المقيد اذا كانا في حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ثم المصارح بذكر هذا المذهب عن علي رضي والمروي عن علي من طريق الشافعي عن ابن عيينة عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي رضي في الرجل يحلف على المشي قال يمشي فان عجز ركب واهدى بدنة رواه عبد الرزاق عن علي بسند صحيح فمن نذر ان يمشي الى البيت قال يمشي فاذا اعيى ركب واهدى جزورا واخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقتادة والحسن واما ورود البدنة في خصوص من حديث اخت عقبة بن عامر فاسند الطبراني في مسنده زبير حدثنا احمد بن عبد الوارث ثنا همام ثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رض ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تحج ماشيا فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الله عز وجل غني عن نذر اختك لتركب ولتهد بدنة فاما اذا كان الناذر بمكة واراد ان يجعل الاحد الذي لزمته حجا فانه يحرم منه من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى ان يطوف طواف الزيارة كغيره وان اراد اسقاطه بعمرة فعليه ان يخرج الى الحل فيحرم منه وانما اختلفوا في انه يلزمه المشي في ذهابه الى الحل او لا يلزمه الا بعد رجوعه عنه محرما والوجه يقتضي انه يلزمه المشي لا قدمناه في الحج من انه يلزمه المشي من بلدته مع انه ليس محرما منها بل هو ذاهب الى محل الاحرام فيحرم منه اعني المواقيت في الاصح لما قدمنا عن ابي حنيفة لو ان بغداديا قال ان كلمت فلانا فعلي ان احج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه ان يمشي من بغداد ولو قال علي السفر الى بيت الله فقد علمت انه لا يلزمه شئ مع اخواته ومثله الشد والهرولة والسعي الى مكة وكذا على المشي الى استار الكعبة او باب الكعبة او ميزابها او اصطوانة البيت او الصفا والمروة والى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شئ واختلفوا فيما اذا قال لله علي المشي الى الحرام او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة لا يلزمه شئ وقال صاحباه يلزمه احد النسكين والوجه في ذلك ان يحمل على انه تعورف بعد ابي حنيفة رح ايجاب النسكين فقالا به كما تعورف بالمشي الى الكعبة ويرتفع الخلاف والا فالوجه الذي ذكرناه متصايل وهو ان الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشتمل وهو الكعبة ولو صرح بقوله لله علي المشي الى الكعبة لزمه فكذا الزم المشتمل لان ايجاب اللفظ لتعارف عينه فيه وليس عين المشي الى الحرم عينه وهو وجه ابي حنيفة **قوله** ومن قال عبدي حر ان لم احج العام وقال بعد القضاء حججت واقام العبد شاهدين على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند ابي حنيفة وابي يوسف ولم يذكر قول ابي يوسف مع ابي حنيفة في شرح الجامع الصغير قال صاحب المختلف وكذا لم يذكره الفقيه ابو الليث في مختصر الجامع الصغير

ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب
ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانتهائه الى آخر اليوم واليوم ظرف مجرد في فقول الرد

قال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على امر مشاهد وهو التضحية وكيف لا يقبل ومن ضرورته انتفاء الحج ذلك العام فيتحقق الشرط فيعتق ولهما انها قامت على النفي معنى لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعى وهو العبد لا حق له فيها يطلبه لان العتق لم يعلق بها وانما مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة فان قيل لا نسلم انها مطلقا باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا على رجل انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد به اجاب المصنف بقوله غاية الامر ان هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا تمييز بين نفي ونفي في عدم القبول بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح تيسيرا ودفعا للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي واما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو امر وجودي وصار كشهود الارث اذا قالوا لا نشهد انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فاما النحر وان كان وجوديا ونفي الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود بها واما ما في المبسوط من ان الشهادة على النفي قبل في الشرط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه ونحن نحمله من قبيل الشروط فاجيب عنه بانها قامت بامر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه ان العبد كما لا حق له في التضحية اذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعا به فقول محمد رح اوجه

قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وامسك ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط وهو الصوم الشرعي اذ هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد تمام حقيقته وما زاد على ادنى امساك في وقته تكرار الشرط ولان بمجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا انزل ابراهيم عليه السلام ذابحا حيث امر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على افعال مختلفة كالصلوة ولذا قال فيمن حلف لا يصلي انه قائم قرأ او ركع وسجد حنث اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لا يدخل في الوجود تمام حقيقتها قوله ولو حلف لا يصوم يوما او صوما لم يحنث بصوم ساعة بل باتمام اليوم اما في يوما فظاهر وكذا في صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا لو قال لله علي صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال على صلوة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور مذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغي ان لا يحنث في الاول الا بصوم لانا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر اثره في غير تحقق الفعل بخلاف الصريح فانه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال فقد اورد عليه

ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني

صوم ان

ما لو قال الا من هذا اليوم وكان بعد ان اكل او بعد الزوال او قال الا مرة ان لم اصل اليوم فانت طالق فحاضت من ساعتها او بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت في الحال مع انه مقرون بذكر اليوم ولا كمال واجيب بان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاكل متصور كما في صورة الناسي وكذا الصلوة من الحائض لان ورود الدم لا يمنع كما في المستحاضة الا انها لم تشرع مع ورود هو حيض فقات شرط اداية بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم اصلا فلا يتصور بوجه وما تان المسئلتان انما يصلحان مبنة تين لامور دتين لان كلامنا كان في المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات هي النكرات وهي اسماء الاجناس والا فزيد وعمرو مطلق ولا يقول به احد والمسئلتان مشكلتان على قول ابي حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف وكونه ممكنا في صورة اخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فانه حيث كان في صورة الحالف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلوة الشرعيين اما على قول ابي يوسف فظاهر انها ينعقدان ثم يحنث واعلم ان التمرتاشي ذكر انه لو حلف انه لا يصوم فهذا على الجائز لانه لتعظيم اليوم وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين في الماضي وظاهره مشكل على مسئلة الكتاب فانه حنث بعد ما قال ثم افطر من يومه لكن مسئلة الكتاب اصح لانها نص محمد في الجامع الصغير قوله ولو حلف لا يصلي فقام وقرا وركع ثم قطع لم يحنث والقياس يعني على الصوم ان يحنث بالافتتاح ووجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن افعال مختلفة فما لم ات بها لا يسمى صلوة يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكررها بجزء الثاني ولذا قال الفقيه ابو الليث لا فرق بينهما في الحاصل لان مالف صوم ساعة مكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلوة ركعة يعني لانه يجتمع فيها تمام الحقيقة ثم قال المصنف ان سجد مع ذلك يعني الركوع وما قبله ثم قطع حنث ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشي حلف لا يصلي يقع على الجائز فلا يحنث بالفاسد الا اذا كان اليمين في الماضي اي حلف ما صليت وكان قد صلى فاسدة لان الصلوة الماضية يراد بها الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة اللهم الا ان يراد بالفاسدة ان يكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف ليصلين فصلى صلوة فاسدة بان صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو بابه حصول الثواب وسقوط الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلوة صورة واطلاق الاسم على صورته مجازا جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه لان مع هذا يحنث بالصحيحة ايضا وليس في هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه انه في الصحيح ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحنث ولا يمنع الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضي بان قال ان كنت صليت فصلى على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين الاصلي وبين الاصلي صلوة حيث يحنث بركعة فقال وفي صورة حذف المفعول المنفي فعل الصلوة لكن كون المفعول صلوة وذلك يحصل بالركعة الا انه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلوة ولكن بعد صحة والانتقاض انما يظهر في حكم تقبل الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا ان المراد من الفاسدة هي التي لم توصف منها شئ بوصف الصحة في وقت بان يكون ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما اوردناه في الصوم ويرتفع الاشكال هناك ايضا واورد ان من اركان الصلوة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب ان لا يحنث بها واجيب بان القعدة موجودة بعد رفع راسه من السجدة وهذا اولى مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشائخ والحق انه

وکو حلف لا یصلی صلوة لا یحنث ما لم یصل رکعتین لانه زاد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها رکعتان للنهی عن البتیراء

باب الیمین فی لبس الثیاب والحلی وغیر ذلک

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلک فهو هدی فاشتری قطنا فغزلته فنسجته فلبسه فهو هدی عند ابی حنیفة رح وقال لیس علیه ان یهدی حتی یغزل من قطن ملکه یوم حلف ومعنی الهدی التصدق به بمکة لانه اسم لما یهدی الیها

یتفرع علی الخلاف بین ابی یوسف ومحمد فی ذلک وهرت المسئلة فی سجود السهو والوجه ان لا یتوقف لتمام حقیقة السجود بوضع بعض الوجه علی الارض ثم لو سلم فلیست تلک القعدة هی الرکن والحق ان الارکان الحقیقیة هی الخمسة والقعدة رکن زائد علی ما تحرر وانما وجبت للختم فلا یعتبر رکنا فی حق الحنث **قوله** ولو حلف لا یصلی صلوة لم یحنث ما لم یصل رکعتین لانها الصلوة المعتبرة شرعا صلوة رکعتین للنهی عن البتیراء نهیا یمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه ما فی المسئلة الذخیرة قال لعبده ان صلیت رکعة فانت حر فصلی رکعة ثم تکلم لا یعتق ولو صلی رکعتین عتق بالرکعة الاولی لانه فی الصورة الاولی ما صلی رکعة لانها تبتیراء بخلاف الثانیة وهذه المسئلة مذکورة فی نوادر ابن سماعة عن ابی یوسف فقال بعض المتاخرین تبین بهذه ان المذکور فی الجامع قول محمد یعنی وحده وهو غیر لازم فان المذکور عن ابی یوسف حلف لا یصلی رکعة وصلی رکعة حقیقة دون مجرد الصلوة لا یتحقق الا بضم اخری الیها والمذکور فی الجامع حلف لا یصلی ولم یقل رکعة والبتیراء تصغیر البتراء تانیث الابتر وهو فی الاصل مقطوع الذنب ثم صار یقال للناقص وفی البیع یحنث بالفاسد بخلاف النکاح والفرق غیر خاف ثم اذا حلف لا یصلی صلوة فهل یتوقف حنثه علی قعوده قدر التشهد بعد الرکعتین اختلفوا فیه والاظهر انه المتعین علی مجرد الفعل وهو اذا حلف لا یصلی صلوة یحنث قبل القعدة لما ذکرته وان عقدها علی الفرض کصلوة الصبح او رکعتی الفجر ینبغی ان لا یحنث حتی یعقد فروع حلف لا یؤم احدا فصلی فجاء ناس واقتدوا به فقال نویت ان لا اؤم احدا صدق دیانة لا قضاء الا ان اشهد انی انما صلی النفس وکذا لو صلی هذا الحالف الجمعة بالناس ونوی ان یصلی لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحسانا لان الشرط الجماعة وقد وجدت وحنث قضاء لا دیانة وینبغی اذا ام فی صلوة الجنازة ان یکون کالاول ان اشهد صدق فیها والا فلا فی الدیانة ولو قال ما صلیت الیوم صلوة تریدنی فی جماعة صحت نیته لانها ناقصة والمطلق ینصرف الی الکامل ولو قال ما صلیت الیوم الظهر یریدنی فی جماعة قال محمد لا تسعه النیة فی هذا بخلاف ما اذا صلی الظهر فی السفر ثم قاله بمعنی ظهر مقیم وسعته فیما بینه وبین الله تعالی وفی ما اخرت صلوة عن وقتها وقد نام اختلفوا انبا علی ان وقت التذکیر وقتها بالحدیث فیصح اولا ثم ینصرف الی الوقت الا صلی

باب الیمین فی لبس الثیاب والحلی وغیر ذلک قدمه علی الضرب والقتل لان اللبس اکثر وقوعا منه لا یفید خصوص الملبوس اولان شرعیته اوسع من شرعیة الضرب والقتل والحلی بضم الحاء وتشدید الیاء جمع حلی بفتح الحاء وسکون اللام کشدی وهدی **قوله** ومن قال لامرأته ان لبست من غزلک ای ثوبا من غزلک ای مغزولک فهو هدی فغزلت من قطن مملوک له وقت الحلف فلبسه فهو هدی اتفاقا ولو لم یکن فی ملکه قطن اصلا وکتان او کان فلم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه ففی مسئلة الکتان فعند ابی حنیفة هو هدی فقالا لیس ان یهدیه حتی تغزله من قطن ملکه یوم حلف ای وقت الحلف ومعنی الهدی بینا ما یتصدق به بمکة لانه اسم لما یهدی الیها فان کان نذر هدی شاة او بدنة فانما یخرجه عن العهدة ذبحه فی الحرم والتصدق به هناک فلا یجزیه اهداء قیمته وقیل فی اهداء قیمة الشاة روایتان فلو سرق بعد الذبح لیس علیه غیره وان نذر ثوبا جاز التصدق فی مکة بعینه او بقیمته ولو نذر اهداء ما لا ینقل کاهراء دار ونحوها وهو نذر بقیمتها وجه قولهما ان النذر انما ینعقد فیما هو فی الملک قال صلی الله علیه وسلم

لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وعزل المرأة ليسا من اسباب ملكه ولان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب للملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر من كسبها

لانذر فيما لا يملك ابن آدم او مضافا الى سبب الملك مثل ان اشتريت كذا فهو هدي او فعلي ان اتصدق به ولم يوجد ذلك فان اللبس المجعول شرطا ليس سببا لملك الملبوس ولا متعلقه الذي هو غزل المرأة سبب لملكه اياه لانه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لان غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر في المشتري من القطن اذا غزل ولان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج لان العادة ان يشتري القطن في البيت وهي تغزله فيكون المغزول مملوكا له والمعتاد هو المراد بالالفاظ فالمتعلق بغزلها هو تعليق سبب ملكه للثوب كأنه قال ان لبست ثوبا لملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدي لا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه وان كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان القطن مملوكا كروح لا فرق بين ان يملك القطن بعد ذلك او في حال الحلف ثم استوضح على ان غزلها سبب عادي لملكه المغزول بقوله ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر بالاتفاق منع ان القطن غير مذكور وما ذاك الا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك في المغزول لان معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنده وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه فلما وقع ثبت عنده ملك الزوج في المغزول وبهذا فارق مسئلة التسري حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسري ليس اضافة الى سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسري اثره له بل هو متقدم عليه ولهذا بطل قول من رجح قول زفر في مسئلة التسري هذا والواجب في ديارنا ان يفتى بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها او قطنها فليس الغزل سببا للملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب ابي حنيفة رح فروع تتعلق باللبس حلف لا يلبس غزلها فلبس غزلها فلبس بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يده في الكمين ورجلاه بعد في اللحاف حنث حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ومن حلف لا يلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث به ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث ولو ائتزر او ارتدى حنث سوى القميص وغيره بخلاف ما لبس قميصا لا يحنث اذا ائتزر به او ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد وكذا اذا حلف لا يلبس سراويل فائتزر به او تعمم لا يحنث ولو قال هذا السراويل فائتزر به او تعمم حنث ولو وضعه على عاتقه يريد حمله لا يحنث ولو حلف لا يلبس القباء او قباء فلم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث وفي هذا القباء يحنث لان في المنكر يعتبر اللبس المعتاد وفي المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس وقال الصدر الشهيد واختار الامام الزاهد الحنث في المنكر ايضا لانه يلبس ايضا كذلك ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث وقيل بل يحنث لانه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار وفي ثوب فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لا محالة لانه لابس لكن لبس الدثار بخلاف ما اذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس هذا الثوب فالقى عليه وهو نائم المختار لا يحنث لانه ما لبس الا لابس فهو كما تقدم اذا حلف لا يدخل فحمل فادخل فلوانبته فالفاه كما انبته لا يحنث وان تمكن حتى علم انه الثوب المحلوف عليه او لا وكذا لو القى عليه وهو منتبه ولو حلف لا يلبس سراويل او خفا فادخل احدى رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالريق والذرور والعروة ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث اما لو قال ثوبا من غزلها لا يحنث ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حنث وكذا ان كان فيه صلة في كمه او ذخريص او علم من غزل غيرها ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس ما خيط منه او ما فيه ملكه منه لا يحنث ولو لبس ثوبا من غزلها لا يحنث عند ابي يوسف وعندهما يحنث وعليه الفتوى لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا بائعه غلامه وفلان هو المتقبل عليهم فان كان لا يعمل بيده لا يحنث والا حنث لا يلبس حريرا او ابريسما لا يحنث الا بثوب كله او لحمته منه لا ما سداه او علمه منه الا ان ينويه لا يلبس هذا القطن ولا نية له انصرف الى الثوب المتخذ منه

ش: ان الحالة

ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه لبس بحلي عرفا كما شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتحلي به لقصد التختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي وطئ لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقدا لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن ولانه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش نام عليه وفوقه قرام حنث لانه يتم للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراش آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشئ لا يكون تبعا له فينقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ان حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه الجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

فلو حشي به ثوبا وهو المضرب لا يحنث وكذا لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب وان نوى عين الغزل لا يحنث يلبس الثوب ولا يلبس عين الغزل لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث لا يلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره حنث لا يكسو فلانا فكساه قلنسوة او خفين او جوربين او ارسل اليه ثوبا فلبسه حنث الا ان ينوي كسوية بعينه ولو اعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحنث قوله ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث عندنا وعند الائمة الثلاثة يحنث لنا لا يلبس حلي عرفا ولا شرعا بدليل انه ابيح للرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة وانما ابيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حليا كالملاقي حتمهم وان كانت الزينة لازمة وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما مخصوصا في العرف التي هي مبنى الايمان قال المشائخ هذا اذا لم يكن مرصعا على هيئة خاتم النساء بان كان له فصوص فان كان حنث لانه لبس للنساء وانما يراد به الزينة لا التختم فكمل معنى التحلي به وصار كلبسه سوارا او خلخالا او قلادة او قرطا او دلوجا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان نا يلبسه النساء وليس ببعيد لان العرف في خاتم الفضة نفي كونه حليا وان كان زينة ولو كان الخاتم من ذهب حنث مطلقا بفص وبلا فص اتفاقا قوله ولو لبس عقد لولو غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد او زمرد او ياقوت ولقولهما قالت الائمة الثلاثة وجه قولهما انه حلي حقيقة فانه يتزين به وسمي به في القرآن قال تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللولو والمرجان ولانه لا يتحلى به في العادة وهو المراد بقوله عرفا الا مرصعا بذهب او فضة ومبنى الايمان على العرف لا على استعمال القرآني فينصرف الى المرصع فلا يحنث بغيره قال بعض المشائخ قياس قوله انه لا باس ان يلبس الغلمان والرجال اللولو وقيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمانه كان لا يتحلى به الا مرصعا وفي عرفها تحلوا بالساذج ويفتى بقولهما لان العرف القائم الان تحلي بساذجا كما يتحلى به مرصعا قوله ومن حلف لا ينام على فراش اي فراش معين فانه قال في غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فقام عليه لا يحنث ولو كان نكرة بان حلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة ثم اذا نام عليه وفوقه قرام حنث لان القرام تبع للفراش لانه ساتر رفيق يجعل فوقه كالتي تسمى في عرفنا الملاءة المجعولة خوف الطراحة واذا كان تبعا له لم يتغير وصار كانه نام على نفس الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقها فراشا آخر فانه لا يحنث اذا نام على الاعلى لانه يشبه والشئ لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة الى الاسفل وروى عن ابي يوسف رواية غير ظاهرة عنه انه يحنث لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر احدهما تبعا للآخر وحاصله ان كون الشئ ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضر نا فيه في الفراشين بل كله اصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وان كان لم يباسه الا الاعلى قوله ولو جلس لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض عرفا فاعتبر العرف كلا من البساط والارض والحصير اصلا ولهذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة اجلس على الحصير لا تجلس على الارض فجعل المجالس على احدهما غير جالس على الارض بخلاف ما لو جلس على ثوبه حيث يعد جالسا على الارض ويقال جلس فلان على الارض فيحنث فسره انه حيث كان اللابس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كانه جلس بنفسه على الارض بغم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع البتعية ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير او فراش حنث لانه يعد جالسا عليه والحال

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر بعض فيه الحيوة في قول العامة

على السرير في العادة كذلك اي على ما يفرش عليه يقال جلس الامير على السرير ولا شك ان فوقه من انواع الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه اي الآخر الاعلى مثل الاول الاسفل فلم يجعل تابعا له في العرف وهذا بالاتفاق وفرق ابو يوسف على تلك الرواية عنه في الفراش بالعرف فانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وان كان احدهما فوق الآخر بل يقال جلس على سرير فوق سرير وبهذا الحكم في هذا الدكان وهذا السطح اذا حلف لا يجلس على احدهما فبسط عليه وجلس حنث ولو بنى دكانا فوق الدكان او سطحا على السطح اذا حلف لا يجلس على احدهما انقطعت النسبة على الاسفل فلا يحنث بالجلوس على الاعلى ولذا كره بهت الصلوة على سطح الكنيف والاصطبل ولو بنى على ذلك سطحا آخر فصلى عليه لا يكره قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع وفي الحاكم حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف حنث وان حلف على بساط لم يحنث وان مشى على حجارة حنث لانها من الارض

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك من الغسل والكسوة **قوله** ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة حتى اذا مات فضربه لا يحنث لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن او استعمال آلة التاديب في محل قابل للتاديب والايلام والالم لا يتحقق في الميت لانه لا يحس ولذا كان الحق ان الميت المعذب في قبره تعوض فيه الحيوة بقدر ما يحس الالم والبنية ليست بشرط عند اهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هي مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحيوة في تلك الاجساد التي لا ياخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه انما كان بناء على انكار عذاب القبر امكن والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس وقد اورد على اخذ الايلام في تعريف الضرب قوله لعم وخديدك ضغثا فاضرب به ولا يحنث فقد ضرب بالضغث وهي حزمة من ريحان ونحوه ولا ايلام فيه واجيب اولا بمنع عدم الالم في ضرب ايوب عرم بالكلية وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه قبضة من الشجر وان سلم فمخصوص بايوب ودفع بانه تمسك به في كتاب الحيل في جواز الحيلة فلم يعتبره وفي الكشاف بذه الرخصة باقية والحق بان البر بالضرب بالضغث بلا الم اصلا خصوصية لزوجة ايوب عرم ولا يانى ذلك بقاء شرعية الحيلة في الجملة حتى قلنا اذا حلف لينفرن مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه مرة لا يحنث لكن بشرط ان يصيب بدنه كل سوط منها وذلك اما ان يكون باطرافها قائمة او باعراضها مبسوطة والايلام شرط فيه اما عدمه بالكلية فلا وضربه بسوط واصله شعبتان خمسين مرة يبر بالضرب به مائة سوط وخفف بحيث لم يتالم به لا يبر لانه ضرب صورة لا معنى ولا بد من معناه ولا يبر الا بان يتالم حتى ان من المشائخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد وضرب بها كون عدد بحال لو ضرب منفردا به لاوجع المضروب وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشائخ وهو ان لا بد من الالم **فروع** لاضربنك حتى اقتلك هو الضرب الشديد ومثله حتى اترك كلا حي ولا ميت وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك وكذا حتى تبول وعندي ايضا على الضرب الشديد لاضربنك بالسيف حتى تموت ولاضربن ولدك على الارض حتى يشق نصفين فهو على ان تضرب به الارض ويركله فقط وخلاف هذا ليس بصحيح حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه وكذا بالسوط فلفه بخرقة وضربه حنث ليضربنه بنصل هذا السكين او بنبل هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه لم يحنث ولو قال ان لقيتك فلم اضربك فعبدي حر فراه على سطح او من بعيد بحيث لا يتصل اليه يده ولا يقدر على ضربه لا يحنث قال محمد اذا كان بينه وبين فلان قدر ميل او اكثر ولم يلقه حلف لا يضرب امراته فضربها

وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق وهذه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق لانه ينوي به الستر وقيل بالفارسية يتمال البس وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال من غسلتك فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يشرب من اناء فصب شربها او خثى او عصرها حنث لانه اسم لفعل تام وقد تحقق لا يلزم وقيل لا يحنث في حال اللداعبة لانه يسمى عارفة لا ضربا

امته بقيصي فاصاب ضربه المرأة بغير قصد حنث لا اعتده فجبه لا يحنث لان الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق قوله وكذا الكسوة اذا حلف ليكسونه فالقى عليه ثوبا بعد موته لا يحنث وتقتصر الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك في مفهومها وكذا لو قال كسوتك هذا كان هبة وقد جعلها الله سبحانه احدى خصال الكفارة والمعتبر فيها فيما سوى الاطعام التمليك والميت ليس اهلا للتمليك ليصح التمليك وقال الفقيه ابو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي ان لا يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك الا ان ينوي به الستر استئنار من قوله فهو على الحياة التي تضمنه التشبيه في قوله وكذلك الكسوة وح يحنث لان الستر يتحقق في حق الميت كما في الحي فتنعقد يمينه على حالتي الموت والحيوة وذكر ضميره وهو الكسوة على تاويل قوله كسوتك وقيل على تاويل الاكساء ولا وجود له في اللغة قوله قال وكذلك الكلام يعني اذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحيوة فلو كلمه بعد موته لا يحنث لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه لانه لا يسمع ولا يفهم وادرداء عرم قال لاهل القليب قليب بدر هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر انكلم الموتى يا رسول الله فقال عرم والذي نفسي بيده ما انتم باسمع منهم ولكنهم لا يستطيعون ان يجيبوا بانه غير ثابت يعني من جهة المعنى والا فهو في الصحيح وذلك لسبب ان عائشة رضي الله عنها لما قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم انك لا تسمع الموتى ولا انت بمسمع من في القبور فانك لا تسمع الموتى وبانه انما قال على وجه الموعظة والاعتبار لا لاجل انهم الموتى كما روي عن علي رضي الله عنه انه قال السلام عليكم دار قوم مومنين انا لنسألكم فتكتحت وانا لموتاكم فقصصت وانا لدورهم فقد سكنت فهذا خبرهم عندنا وما خبرنا عندكم وبانه مخصوص بذلك تضعيفا للحسرة عليهم لكن بقي انه روي عنه عرم ان الميت يسمع حقق نعالهم اذا انصرفوا لينظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح قال والدخول يعني اذا حلف لا يدخل على فلان يقيد بالحيوة فلو دخل عليه ميتا لا يحنث لان المراد من الدخول عليه زيارته او خدمته حتى لا يقال دخل على حائط ولا على دابة والزيارة للميت ليس حقيقة بل انما المزور قبره ولهذا قال عرم كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها فلم يقل عن زيارة الموتى قال ولو قال ان غسلتك فعبده حر انعقد على الحيوة والموت لان الغسل الاسالة والمعنى المراد به التطهير فازالة الوسخ والكل يتحقق في حالة الموت كالحيوة وفي شرح الطحاوي الا الاصبغ كل فعل يلذ ويوالم وينعم ويسر يقع على الحيوة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه انتهى ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله عرم عثمان بن مظعون بعد ما ادرج في الكفن محمول على ضرب من الشفقة او التعظيم وقيل اذا انعقد على التقبيل بلبح يحنث او على امراة لا يحنث وهو على الوجه ولو حلف لا يغتسل او لا يتوضأ او لا يحلمه او لا يمسه او لا يلبسه فهو على الحيوة والموت قوله ومن حلف لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث وكذا لو رحاها لو قرصها وعن بعض المشائخ ينبغي ان لا يحنث بذلك لانه لا يتعارف ضربا واجيب بما علل به في الكتاب وهو ان الضرب اسم لفعل هو لم يتصل به وهذه الاشياء كذلك وفي المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فاصاب وجهه او رماه بحجر او نشابة فاصابه لا يحنث واستشكل يمين الضرب بانها اما ان تعلق بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع الة التاديب في محل قابل له فيجب ان لا يحنث بالخنق ومد الشعر وبعض لانه لا يتعارف ضربا او بمعناه وهو الايلام فيجب ان يحنث بالرمي بالحجر او بهما فيحنث بالضرب مع الايلام مما زجة لكنه لا يحنث وهو اشكال وارد قوله واجيب من ان شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا او عرفا مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث الا ان وجد شرط الحنث عرفا لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا لان مقصوده ان لا يبيع بعشرة او اقل بل اكثر ولو باعه باكثر لا يحنث ايضا لانه ان وجد شرط الحنث لفظا لانه باعه باحد عشر فقد باعه بعشرة ايضا لكنه

ومن حلف ان لم افعل فلانا فامراته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يجد تحقها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز الحالي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيه ما يتأتى الكفر وفي هذه المسئلة تفصيل تقدم

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قال ومن حلف ليقضينه دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من شهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه بعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب يعدم الجنس حكما لتحول به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها ستوقة حنث لانها ليست من جنس الدراهم حتى لا يجبر البائع على قبولها في العرف والسلم

لم يوجد عرفا فلا يحنث غيره دافع بقليل تأمل لم قال فخر الاسلام وغيره هذا يعني الحنث اذا كان في الغصب اما اذا فعل في المنازعة ولا يحنث فلو اوما لكن لا على قصد الايمار بل وقع الخطأ في المنازعة باليد وعن الفقيه ابي الليث انه قال هذا اذا كانت بالعربية اما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بهذا الشعر والخنق والعض والحق ان هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية ايضا الا انه خلاف المذهب

قوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فامراته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث لانه لما علم موته قبل حلفه والقتل ازالة الحيوة ليس بعادي مخصوص لزم ان عقد يمينه على ازالة اعادة حيوة يجد تحققها الله تعالى فيه وذلك متصور فينعقد بالاتفاق ثم يحنث في الحال للعجز الحالي المستمر عادة وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه لامحالة على ازالة الحيوة القائمة فيه ولا يتصور ازالة القائمة ولا حيوة قائمة فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف السابق بين ابي يوسف وبينهما فحنثه منعقد ويحنث فعليه الكفارة وعند ابي حنيفة ومحمد رح لا كفارة لانه لا حنث اذ لا انعقاد

قوله وليس في تلك المسئلة اي مسئلة الكوز تفصيل بين العلم وعدمه بل الحكم انه لا يحنث عندهما سواء علم ان فيه ماء وقت الحلف او لم يعلم

قوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف فقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز فامراته طالق فانه يحنث بالاتفاق وعن ابي حنيفة رواية اخرى لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر ووجهه انه لو كان يعلم ان لا ماء في هذا الكوز فحالف ينبغي ان تنعقد يمينه عندهما على ما يجدثه الله تعالى في الكوز وهو متصور ثم العجز الحالي المستمر لو جب حنثه بخلاف ما اذا لم يعلم ان في الكوز ماء لان يمينه لم تنعقد على ما في الكوز لو اوجد الله تعالى فيه لانه كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في تقاضي الدراهم التقاضي المطالبة وهو سبب للقضاء وهي مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسئلة وخص الدراهم بالذكر لانها اكثر دورا في المعاملات **قوله** ومن حلف ليقضين دينه الى قريب او عاجلا فهو ما دون الشهر فان آخره الى الشهر حنث وان قال الى بعيد او اجلا فهو على اكثر من شهر وعلى الشهر ايضا ولكنه قصد التطابق بين قوله ما دون الشهر وما فوقه فلا يحنث الا بالموت او اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة او اكثر بلا غاية محدودة الا الموت فان مات لاقل منه لا حنث عليه على مقتضى ما ذكروا وقال الشافعي واحمد ليس في يمين القريب والبعيد تقدير لانه اضافي ففي كل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها وبعيدة بالنسبة الى ما دونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل ان يقضيه وقلنا نذر او جهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الايمان والعرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فاما اذا نوى بقوله الى قريب والى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب او عاجلا سنة او اكثر صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه صبيحة او عند الهلال ونحوها

قوله ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها اي بعض الدراهم زيوفا وفي المغشوشة غشا قليلا لم يحنث بتجويز التجار بها وانما يرد بيت المال او بنبهرجة وغشها اكثر من الزيوف يرده من التجار المستقصي ويقبل السهل منهم او مستحقة لم يحنث بذلك سواء رد بها في ذلك اليوم او لا لان الزيوف عيب وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكورة في الكتاب غير عربي بل هو من استعمال الفقهاء والمعيب في الجنس لا يعدم الجنس اي جنس الدراهم ولهذا امي ولكون وصف الزيافة لا يعدم اسم الدراهم

وان باعه بيعا تبدأ وقبضه برئ يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة ودين تحقق بمرد البيع فحصانه شرط القبض ليتقرر به وان وهبها له يحنث الدين لم يبرئ لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين

لو تجوز بها في الصرف اي لو جعلت بدلا في الصرف بالجياد او جعلت راس مال السلم صح مع ان الافتراق عن غير قبض مفسد لهما فعرفت انها لم يتعين عنها جنس الدراهم فيبر في اليمين بها سواء حلف على القبض او الدفع وكذا قبض الدراهم المستحقة صحيح ولذا لو اجاز المالك قبضها جاز واذا برئ في دفع هذه المسميات الثلاثة فاورد الزيوف والبنهرجة او استردت المستحقة لا يرتفع البر وان القبض فانما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع عتق فردها مولى المكاتب بسبب انها زيف او بنهرجة او مستحقة لا يرتفع العتق ولو كانت رصاصا او ستوقة حنث اذا القضى اليوم ولم يرد بدلها دراهم والستوقة المغشوشة غشا اشد او هو تعريب سه توقه اي ثلاث طبقات طبقا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه لانها ليست من جنس الدراهم حتى لا يتجوز بها في الصرف والسلم ولا يعتق المكاتب باداءها فلو ردها المولى ظهر عدم عتق العبد **قوله** وان باعه اي باع الحالف المديون رب الدين الذي حلف ليقضينه اليوم دينه في اليوم المحلوف على قضايه فيه عبدا او قبضه رب الذي برالمديون في يمينه لان قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة وهو ان يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لان قبضه لنفسه يتملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا فكذا هنا بها اذ لا فرق بين الدراهم وغيرها مما يتقاص بها فيبر في يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو ان يثبت له في ذمة رب العبد وله في ذمته مثلها فيلتقيان قصاصا ثم البر وقضاء الذي يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد او لا حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر في اليمين وانما نص عليه محمد تاكيدا للبيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز ان يهلك المبيع قبل القبض ولو كان البيع فاسدا فقبضه فان كانت قيمته تفي بالدين برد لا حنث لانه مضمون بالقيمة هذا اذا حلف المديون وكذا اذا حلف رب الدين فقال ان لم اقبض مالي عليك اليوم او ان لم استوف قال محمد فان وهبها له لم يبر يعني اذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه فقبل لم يبر المديون لان شرط البر القضاء ولم يوجد لعدم المقاصة ولان القضاء فعل المديون والهبة فعل الدائن بالابراء فلا يكون فعل هذا الآخر قال في الفوائد الظهيرية واذا لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه يعني تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم وقدم في مسئلة الكوز ان بقاء التصور شرط لبقاء اليمين في اليمين الموقتة وهذه كذلك اذ الكلام هنا في يمين موقتة والمكان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم واعترض بعضهم عليه بانه يستلزم ارتفاع النقيضين لان البر نقيض الحنث فلا يرتفعان وهذا غلط لان النقيضين اللذين يجب صدق احدهما دائما هما في الامور الحقيقة كوجود زيد وعدمه اما في الامور الشرعية اذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعي فانما يثبت حكمهما ما دام السبب قائما وما نحن فيه منه فان قيام اليمين سبب لثبوت احد الامرين لا محالة من الحنث او البر شرعا فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر كما هو قبل اليمين حيث لا يبر ولا يحنث وجميع ما اورد من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث في مسئلة الكوز وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحنث لا فائدة فيه لان عدم الحنث متفق عليه وانما يفيد لو قال ابر ولم يحنث وكيف يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه ولم يفعل واعلم ان جواب هذه المسئلة اعني مسئلة البتة مقيد بكون الحلف على يوم بعينه كما اشرنا الى ذلك اما المطلقة بان حلف ليقضين دينه فابراه او وهبه فلا شك انه يحنث الاتفاق لان تصور الشرط بقاؤه في اليمين المطلقة بل في الابتداء حين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث حين

ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه ضفرا لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق لابقاء انه انصاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث لانه قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما بالاخذ الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة وكان استثناء المائة استثناء الكل بجميع اجزائها وكذلك لو قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء **مسائل متفرقة** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل مطلقا فعم الامتناع لضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن كذا افتعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فينزل بأي فعل فعله وانما يحنث لو قوع اليأس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل زمن يتقدر فيه على القضاء لليأس من البر بالبتة **قوله** ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث بمجرد قبض البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فاذا قبضه حنث لان الشرط اي شرط الحنث قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض المتفرق الى كل الدين حيث قال لا اقبض ديني وهو اسم لكله فلا يحنث الا بتمامه متفرقا غير انه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعذر الوزن لا اذا كان لم يتشاغل بين الوزنين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنات وزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمل آخر لانه به يختلف مجلس القبض على ما عرف ولانه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته فيحمل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى والمسئلة في الجامع الكبير موقتة هكذا اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حران اخذتها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه اخذ كل المائة على التفريق ولو قال ان اخذت منها اليوم درهما دون درهم فاخذه خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث اخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد **قوله** ومن قال ان كان لي الا مائة فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي عن ما زاد عن المائة فيصدق على الخمسين اذ يصدق ان الخمسين ليس زائدا على المائة واما بالنظر الى اللفظ فلا يصح الا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه فان معنى اللفظ ليس لي مال الا مائة فالمائة مخرجة من نفي المالي فاذا قلنا ان المستثنى مسكوت فيكون المائة غير محكوم عليها بانها في ملكه غير متعرض لها باثبات بوجه من الوجوه وعلى هذا طائفة من المشايخ واما على جعله مثبتا بطريق الاشارة كما هو قول طائفة اخرى او على ان الاستثناء من النفي اثبات وهو مختارنا وصرح به المصنف فقال الاستثناء من النفي اثبات في هذا الكتاب فيحنث لفظا لانه حلف على ان له مائة واما قول المصدوقان استثناء المائة استثناء لها بجميع اجزائها فظاهره انه وجه مقابل لقوله لان المقصود منه عرفا وهو ان يكون مدلولا له ومعلوم ان اخراجها ليس الا من النفي وحاصله اخراج جميع اجزاء المائة من عدم الملك فلو صح كان الحالف على نفي خمسين من ملكه فكان يحنث فليس للمعول عليه الا وجه العرف بخلاف ما لو ادعى انه اعطى زيدا مائة مثلا فقال زيد لم يعطني الا خمسين فقال ان كنت اعطيته الا مائة فانه يحنث بالاقل وكذا اذا اختلف في قدر الدين فقال لي عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال ان كان لي عليه الا مائة فهذا النفي للنقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر وفي الجامع الصغير عبده حران كنت املك الا خمسين فملك عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من جنس مال الزكوة حنث والا لا الا ترى انه لو قال مالي صدقة ينصرف الى مال الزكوة او حلف مالي مال لا يحنث الا بمال الزكوة وفي خزانة الاكمل لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة ياتي ان شاء الله تعالى مسائل متفرقة اي هذه مسائل متفرقة لكون الاشارة لامر حاضر في الذهن او تاخر وضع الرحمة عن وضع المسائل ويكون الاشارة على ظاهرها والظاهر الاول لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين ان يذكروا لما شذ عن الابواب هذه الترجمة ونحوها **قوله** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل فعم الامتناع في جميع الاوقات المستقبلة ضرورة عموم النفي للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفي في جميع الاوقات ثابتا وان حلف ليفعلن كذا بر بالفعل مرة واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر بأي فعل فعله سواء كان مكرها فيه او ناسيا او وكيلا عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل وذلك بموت الحالف قبل الفعل فيجب عليه ان يوصي بالكفارة

واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داع دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدة بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع

او يفوت محل الفعل كما لو حلف ليضربن زيدا او ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد واكل الرغيف قبل اكله فحينئذ هذا اذا كانت اليمين مطلقة كما ذكرنا فلو كانت مقيدة مثل الكلمة في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسئلة الكوز خلافا لابي يوسف ولو اكل الرغيف قبل مضي الوقت سقطت اليمين عندهما على ما عرف ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لاحمد قوله واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داع دخل المدينة وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر الصوديه عرّ بكسر العين في الماضي وبفتحها في المضارع اذا فسد فهو على حال ولايته خاصة ولو عزل لا يلزمه اخباره بعد ذلك وهو قول الشافعي ورواية عن احمد وهذا التخصيص في الزمان ثبت بدلالة الحال وهو العلم بان المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره او شر غيره بزجره لانه اذا زجر داعرا زجر داعرا آخر كما قالوا ولكم في القصاص حيوة وهذا يتحقق الا في حال ولايته لانها حال قدرته على ذلك فلا يفيد فائدة بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية فاذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية وعن ابي يوسف انه يجب عليه اعلامه بعد العزل ايضا وهو قول الشافعي ورواية عن احمد لانه مقيد لاحتمال ان يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد وفي شرح الكنز ثم ان الحالف لو علم بالبار ولم يعلمه به لم يحنث الا اذا مات هو او المستحلف او عزل لانه لا يحنث في اليمين المطلقة الا باليأس الا اذا كانت موقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان انتهى ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيد النظر الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعي لو جب التقييد اي بالفور اي فور علمه به وعلى هذا الوحلف رب الدين غريمه او الكفيل ان لا يخرج عن البلد الا باذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وكذا لا تخرج امرأته الا باذنه تقيد بقيام الزوجية فاذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين لعدودها بخلاف ما لو حلف لا تخرج امرأته من الدار فانه لا يتقيد به اذ لم يذكر الفناء فلا موجب لتقييده بزمان الولاية في الاذن وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لا اتزوج امرأة اتزوجها بغير اذنك طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا او ثلاثا ثم تزوج بغير اذنها طلقت لانه لم يتقيد يمينه ببقاء النكاح لانها انما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح قوله ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه الاصل ان اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بازاء الايجاب والقبول معا وفي عقود التبرعات بازاء الايجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والتحلي ذا الاقرار والهدية قال زفر هي كالبيع وفي البيع وما معه الاتفاق على انه المجموع فلذا وقع الاتفاق على انه لو قال لبتك امس هذا الثوب فلم يقبل فقال بل قبلت او اخبرتك هذه الدار فلم يقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستأجر لان اقراره بالبيع تضمن اقراره بالايجاب والقبول وقوله لم يقبل رجوع عنه وكذا على عدم الحنث اذا حلف لا يبيع فانه واجب فقط وعلى الحنث اذا حلف ليبيعن اليوم فاوجب فيه فقط ووقع الخلاف في ذلك لو كان بلفظ الهبة عندنا يبر بالايجاب فقط عندهما حتى استدل الامام لزفر بقياسها بالبيع لانها اي عقد الهبة تمليك مثله حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو اي عقد الهبة بلا قبول كالايجاب في البيع ثم لا يشترط القبض في رواية عنه بل يجبر الايجاب عن ايجاب الهبة والقبول من الآخر بتمام السبب وانما القبض شرط حكم والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفي رواية اخرى عنه يشترط معه القبض فلا يبر حتى يقبض الآخر لان السبب بلا حكم غير معتبر قال المصنف ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع اي الهبة اسم التبرع فاذا تبرع وجد المسمى فيحنث وانما اراد تمامه سببا للملك الاعلى ما نقل عن بعضهم ان الملك يثبت به قبل القبول

ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين

الاان بالرد ينتقض دفعا للضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لانه لا معول ولا عمل على هذا بل لابد من القبول لتمام العقد فكان في احتياجه الى القبول في تمام العقد ووقوعه سببا لملك الآخر كالبيع والحاصل انه انما يتم به ما هو من جهة وهو التمليك وهو بهذا القدر لا يدخل في ملك الآخر وان كان بلا بدل حتى به لظهر رضاه بذلك بلفظة المفيدة له وهو كالبيع في هذا القدر وحقيقة الخلاف انما هو في تعيين مسميات شرعية الالفاظ هي لفظ البيع والهبة واخواتها ولا سبيل الى ذلك الا بالنقل او الاستدلال فلما كان عند اطلاق لفظ باع فلان كذا او وهبت كذا يفهم منه وقوع الايجاب والقبول حكم بان اسم البيع للمجموع لم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك واستدل الاصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس ان الصعب بن جثامة اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابواء او بودان فرده عليه فلما رأى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم فقد اطلق اسم الاهداء من احد الجانبين فقط لغرض انه رده عليه ووجه ان قول ابن عباس اهدى حكاية قول الصعب بن جثامة رضا اهديت لك هذا او حكاية فعل وعلى كل تقدير يفيد ان اسم الهدى يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر ولا واستدل ايضا بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شئ منها بلازم لان غاية ما فيه انه صح ان يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الايجاب بقرينة قوله فلم يقبل ونحن لا ننكر انه يصح ان يقال عليه فقط كما يقال على المجموع وكونه ظهر في موضع انه استعمل في مجرد الايجاب بقرينة لا يفيد الحكم بانه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة الا ترى انه لو قال لهبته هذا الثوب بالف فلم يقبل فلم يكن مخطيا ويكون مستعملا لاسم الكل في الجزء فلو دل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على ان وضع لفظ الهبة بمجرد الايجاب دل صحة قوله لهبته فلم يقبل على ان البيع لمجرد الايجاب والاثبات واما الاستدلال لقول الصديق لعائشة كنت نحلتك عشرين وسقا من مال الغابة وانك لم تكوني جززته فسماه نحلي قبل القبض وانما ينتقض على احدى روايتي زفر انه ماخوذ فيه القبض ايضا ولسنا نصححا بل المعتبر المجموع من الايجاب والقبول والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب ومسمى اللفظ واما الوجه القائل ان المقصود من الهبة اظهار السماحة وهو يتم بالايجاب يعني فالظاهر ان الاسم بازاء ما يتم به المقصود من العقد ولا يخفى انه غير لازم وان كانت اسماء الامور التي لها غايات اسماء لتلك الغايات وايضا فمقصود الاظهار للسماحة غير المراد ولا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الاجنبي وهذا اليق ان يجعل مقصود العقلاء فيجب الحمل عليه وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول الا بمجموع القبول والايجاب واقصر بها انه اسم للتبرع كما ذكر المصنف والاستدلال عليه بانه عقد تبرع فتم بالتبرع وان كان تمام السبب يتوقف على شئ آخر وهو لم يجز السبب ان سلم هذا وعلى هذا الخلاف القرض وعن ابي يوسف ان قبول المستقرض لابد منه فيه لان القرض في حكم المعاوضة فلو قال اقرضني فلان الف فلم اقبل لا يقبل قوله ونقل عن ابي حنيفة فيه روايتان والابراء يشبه البيع من حيث انه يفيد الملك بالملفظ دون قبض والهبة تمامه تمليك بلا عوض ولهذا ذكر في الجامع ان في القرض والابراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيها كالهبة قيل والاشبه ان يلحق الابراء بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع للعوض فاعلم ان الابراء له شبهان شبه بالاسقاط لان الدين وصف في الذمة لان مال فباعتباره قلنا لا يتوقف على القبول وشبه بالتمليكات باعتبار ماله الى عين المال حتى جرت احكام المال عليه في باب الشركة ولهذا قلنا يرتد بالرد والقبول التعليق والا يقبل المعلق ولا يعلم خلافا في ان استقراض الهبة فرع جلف لا يوصي بوصية فوهب في مرض الموت لا يحنث وكذا لو اشترى اباه في مرض فعتق عليه ولو حلف ليهبنه اليوم مائة درهم فوهبه مائة له على آخر وامره بقبضها برد ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لا يتمكن من قبضه لانها صارت ملكا للورثة وفي شرح الجامع الكبير للعتابي ان الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام

ومن حلف لا يشم ريحانا فشم ورد او الياسمين لا يحنث لانه لا يسمى شما ولو حلف لا يشم ورد او الياسمين فشم الريحان حنث لانه لا اسم له فيقع على ما هو اعتبار العرف

لا يشترط فيها القبول من الآخر ولو قال لعبد ابن وهبتك فلان مني فانت حر فوهبه منه ان كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه اليه اولا وان كان وديعة في يد الموهوب له ان بدا الواهب فقال وهبتكه لا يعتق قبل او لم يقبل وان بدا الموهوب له فقال هبه مني فقال وهبته منك عتق ولو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه له اجنبي فاجازه الحالف البتة حنث كذا رواه ابن سماعة عن محمد ولا يهب عبده لفلان فوهبه له على عوض حنث حلف لا يستدين دينا فتزوج لا يحنث ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الاب لانه لا ربح للاب في المال ويعتقد يمين نفي الشركة على ما عليه عادة الناس من الشركة في التجارة دون الاحيان فلو اشتريا عبدا لم يحنث بخلاف ما لو قال لا يكون بيني وبينه شركة في شيء حيث يحنث بخلاف ما لو ورثا شيئا لا يحنث لانه لم يشاركه مختارا انما لزمه حكما احب او كره

قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم ورد او الياسمين لم يحنث ويشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي في اللغة المشهورة الفصيحة واما شممت اسم بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع لقد انكرها بعض اهل اللغة وقال هو خطأ وصح عدمه وقد نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست فصيحة ثم يمين الشم المقصود فلو حلف لا يشم طيبا او وجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه وفي المغرب الريحان كلما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما ساقه رائحة طيبة كما لورقه وقيل في عرف اهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول حمالة رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجرة ذكره في المبسوط لانه قم قال والنجم والشجر يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان لان الريحان انما يطلق على ما ينبت من بذره حمالا شجر له ولعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة لزهر خاصة بهذا والذي يجب ان يعول عليه في ديارنا اجراء ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع فهو ريحان الحاجم وانما كون الريحان التربخي منه فيمكن ان لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان تربخي وعندنا يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحاجم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع

قوله ولو حلف لا يشتري بنفسجا فهو على دهنه دون ورقه فلا يحنث بورقه وذكر الكرخي انه يحنث به ايضا بعموم المجاز وهذا مبني على العرف فكان في عرف اهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما سمي به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في ايامنا الكرخي فقال به وانا ما عرفنا فينبغي ان لا ينعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن اصلا كما قال في الورد والخلاف ان اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج **فروع متفرقة الاجناس** اذا حلف على الدجاج نفيا او اثباتا وكذا الجمل والابل والبعير والجزور والبقر والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والانثى والتاء للوحدة قال قائلهم لما مررت بدير هند ارقني صوت الدجاج وضرب بالنواقيس والصوت انما هو للديك وفي الحديث في خمس من الابل شاة وعن ابي يوسف البقرة لا تتناول الثور وليس بذلك والثور والكبش والديك للذكر والبرذون للعجمي والبقرة لا تتناول الجاموس للعرف حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث وان لم يذكر حرف النفي فقال لا افعل كذا وكذا فكذلك يحنث حلف لا يأكل مما يجني به فلان فجاء بحمص فطبخ فاكل من مرقه وفيه طعم الحمص حنث ذكرها في فتاوى قاضيخان وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا يأكل لحما فاكل من مرقه انه لا يحنث ان يقيد بما اذا لم تجد طعم اللحم حلف لا يشرب حراما من هذا الجنس فقاء فشرب قيئه لا يحنث قال لعبده اذا سقيت الحمار فانت حر فذهب فسقاه فلم يشرب عتق لانه سقاه لكن لم يشرب حلف لا يشرب عصيرا فعصر عنقودا في حلقه لا يحنث ولو عصره في كفه

وهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه

فحسناه حنث اما لو قال لا يدخل حلقي حنث فيهما وفي النتاوى هذا في عرفهم اما في عرفنا ينبغي ان لا يكون حانثا لان ما بالعنب يسمى عصيرا في اول ما يعصر حلف على امرأته لا تسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق وللدار حافظ فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها ان تستور الحائط قال الفقيه وبه ناخذ قال الصدر الشهيد فرق بين هذا وبين ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق وقيد ومنع من الخروج فلا يحنث ولو قال لامرأته وهي في بيت والدها ان لم تحضري الليلة فمنعها الوالد من الحضور منعا حسيا حنث قال الصدر الشهيد هذا في فتاوى الفضلي وذكر بعد هذا انه لا يحنث قال والاصح انه يحنث ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك لان الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالاكراه وغيره ولا يجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر انتهى يعني وقد اكره بت على السكنى وهو فعل والمكره على الفعل لا يضاف الفعل اليه فلا يحنث فقد صرح بجواب الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل فيمن قال ان لم اخرج من هذه اليوم فعبدي حر فمنع ايما انه يحنث وهو الصحيح وفي الخلاصة لو قال لامرأته ان سكنت هذه الدار فانت طالق فكان ليلا في معذورة حتى يصبح ولو قال لرجل لم يكن معذورا وهو الصحيح الا لخوف لص وغيره وهذا ما سلف الوعد به كل عبد لي حر فله عبد بينه وبين غيره لا يعتق لانصرافه الى التام ومثله لا اكل مما اشتراه فاشتراه مع آخر فصار مشتركا لا يحنث لو اكل منه ويعتق عبد المأذون وان كان عليه دين ولا يعتق عبد عبده المأذون عند ابي حنيفة رضي الله عنه اذا كان عبده مستغرقا كسبه ورقبته بالدين وان نوى المولى عتقهم وان لم يكن عليهم دين ان نواه عتق والا فلا وعند ابي يوسف ان نواه عتق والا فلا كان عليه دين اولا وقال محمد عتقوا جميعا في الاحوال كلها قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيئا فهو حالف فان لم يفعل المخاطب حنث وان اراد به الاستحلاف فهي استحلاف ولا شيء على واحد منهما اذا لم يفعل ولو قال لغيره اقسمت او اقسمت بالله عليك لتفعلن كذا او قال اشهد بالله او اشهد عليك او لم يقل عليك فالرأي هو المبتدأ الا ان يكون اراد الاستفهام فلا يمين عليه ايضا ولو قال عليك عهد الله ان فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدأ وان نواه اشتري منا من اللحم فقالت امرأته هو اقل من منن وحلفت عليه فقال ان لم يكن منا فانت طالق فانه يطلق قبل ان يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة حلف لا ياكل من خبز ختنه فسافر الختن وحلف لامرأته دقيقا فاكل منه حنث لانه باق على ملكه قال الامام القاضي هذا اذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلي من دقيقي بقدر ما يكفيك اما اذا افرز قدرا من الدقيق واعطاها صار ملكا لها فلا يحنث قال في الخلاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل من مال فلان فتناول فاكل الحالف لا يحنث لان كلا منهما اكل من مال نفسه في العرف وفيه نظر قال قلت للقاضي الامام لو كان احد الشركاء صبيا لا يجوز ولو كان كل واحد اكل مال نفسه ينبغي ان يجوز قال نعم وهو ينبغي لكن لم يصرح بالخلاف انتهى والاقوى الفرق ان عدم الحنث لاكل كل من المتناولين مال نفسه عرفا لا حقيقة وعلى العرف تبتني الايمان فلم يحنث وعدم جواز التناول مع الصبي لانه غير اكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي ايضا وفي الخلاصة حلف لا ياكل من خبز فلان فاكل خبزا بينه وبين فلان لا يحنث وقال في مجموع النوازل لا يحنث لانه اكل حصته ولو قال لا ياكل من مال فلان فمات فلان فهو وارثه فاكل ان لم ينكر انه وارث سواه او كان فاكل بعد القسمة لا يحنث والا حنث ولو قال رغيف فلان لا يحنث ولو حلف لا ياكل رغيفا لفلان

وقيل في عرفنا تقع على الورق دون سلفنا على الدور فالعين على الورق

فاكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث في مجموع النوازل وكذا اذا بين اختين قال زوج احدهما ان دخلت الا في نصيبك فانت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لا يحنث لانها ما دخلت في غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين غيره لا يحنث ولو حلف لا يزرع ارض فلان فزرع ارضا بينه وبين غيره يحنث لان نصف الارض يسمى ارضا وتسمية الدار لا تسمى دارا ولو حلف لا يأكل من حب خل لفلان فاكل من حب خل بينه وبينه حنث ولو اشترى بدراهم مشتركة بينهما لم يحنث ولو حلف يأكل من طبيخ فلان فاكل مما طبخه مع غيره حنث ولو حلف لا يأكل من قدر فلان فاكل من قدر طبخها فلان لم يحنث في الاصل لو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فاكل من طعام اشتراه مع غيره حنث الا اذا نوى شراه وحده بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لان الثوب اسم للكل فلا يقع على البعض ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا اشتراها فلان مع غيره لا يحنث وفي مجموع النوازل امرأة وهبت خبزا فقال لها زوجها اكرمتك من دوايكي تو خورم فانت طالق فوهبت من آخر فاكل الحالف يحنث وقال صاحب الخلاصة وعلى قياس ما ياتي ينبغي ان لا يحنث صورتها في الفتاوى حلف لا يأكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ثم وهبه الابن الحالف فاشترى شيئا فاكله لا يحنث قال وهذا اصح من الاول وفي الجامع الصغير لو قال ان اكلت اليوم الا رغيفا او ان قعدت بر غيف فعبدي حر فاكل رغيفا ثم اكل بعده تمرا او فاكهة حنث وفي فتاوى قاضي خان حلف لا يأكل اليوم الا رغيفا فاكل رغيفا مع النخل او الزيت او اللبن لا يكون حانثا لان الاستثناء يقتضي المجانسة في المعنى المطلوب وهذه الاشياء لا تجانس الرغيف في المعنى المطلوب وهو الاكل وهذا خلاف الاول ولو قال ان اكلت اليوم اكثر من رغيف فعبدي حر فهو على الخبز خاصة وفي الفتاوى حلف لا يأكل هذه الخابية التي فيها الزيت فاكل بعضها حنث ولو كان مكان الاكل بيع فباع النصف لا يحنث ولو حلف لا يأكل هذه البيضة لا يحنث حتى يأكل كلها وكذا في البيضتين ولو حلف لا يأكل هذا الشيء كالرغيف مثلا فاكل بعضه قال ابو بكر الاسكاف ان كان شيئا يمكنه ان يأكله كله في عمره لا يحنث يأكل بعضه وقال بعضهم اذا اكل بعضا مما لا يمكن ان يأكل كله في مجلسه يحنث في يمينه وهو الصحيح قال محمد رح كل شيء يأكله الرجل في مجلس واحد او يشربه في شربة واحدة فالحلف على جميعه لا يحنث لاكل بعضه لكن في الفتاوى للفقيه حلف لا يأكل هذا الرغيف فاكل وبقي منه شيء يسير يحنث فان نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهل يصدق في القضاء فيه روايتان انتهى وكان المراد ان يترك شيئا قليلا جدا بحيث لا يقال الا ان فلانا اكل جميع الرغيف لقلة المتروك والا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص في غير موضع انه اذا حلف لا يأكل هذا الرغيف لا يحنث باكل البعض وتقدم من المنصوص لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة منه قال في فتاوى قاضي خان قال مشائخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض قال ابراهيم سمعت ابا يوسف رح يقول فيمن قال كلما اكلت اللحم او كلما شربت الماء فعليه ان يتصدق بدرهم فاكل فعليه في كل لقمة من اللحم

لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي التنسيق تحنث مطلقا

وفي كل نفس من المار درهم حلف لا يكلم فلانا وفلانا لا يحنث حتى يكلمهما الا ان ينوي الحنث باحدهما فيحنث بواحد منهما لو قال لا اكلمهما وقال بالفارسية باين دو كس سخن نكويم ونوى واحدا لا يصح نيته ذكره في المحيط قال وينبغي ان يصح لان المثنى يذكر ويراد الواحد فاذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح انتهى فهو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على نفسه ولو قال فلانا او فلانا حنث باحدهما وكذا لو قال فلانا ولا فلانا وفي مجموع النوازل لا اكلم فلانا يوما ويومين وثلاثة فهذا على ستة ايام ولو قال لا اكلمه لا يوما ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة ايام حلف لا يشرب من دار فلان فاكل منها شيئا قال محمد بن سلمة يحنث لان المقصود من هذا اليمين الامتناع عن جميع المأكولات وقال غيره لا يحنث في يمينه الا ان ينوي جميع المأكولات والمشروبات اما لو قال بالفارسية فلا تشك في تناول المأكول والمشروب حلف لا يغتسل من امرأته عن الجنابة فجامعها ثم جامع اجزى او على العكس يحنث وان لم يغتسل لان اليمين انعقدت على الجماع كناية ولو نوى حقيقة الغسل حنث ايضا اذا اغتسل عنها وعن غيرها يحنث كما لو حلف لا يتوضأ من الرعاف فتوضأ من الرعاف وغيره حنث ولو حلف لا يحل تكته على امرأته ان اراد لا يجامع صح وهو ماول وان لم يرده ان فتح سراويله للبول ثم جامعها لا يحنث لان فتح سراويله عليها ان يفتح لاجل جماعها وان فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا ينبغي ان يكون حانثا لوجود شرط الحنث ولو حلف لا يحل تكته في الغربة فجامع من غير حل التكة ان نوى غير حلها لا يحنث وصدق قضاء وان حلف لم ينو يحنث وبنحو هذا قوله ان اغتسلت من الحرام فعانقته اجنبية فانزال قالوا يرجى ان لا يكون حانثا وتكون يمينه على الجماع وعلى هذا الاصل لو حلفت لا تغتسل اذا من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصفار ارجو ان لا يحنث قال الفقيه ابو الليث لان قوله كناية عن الجماع واذا كانت مكرهة عليه لا يحنث فلو قال لها عند ارادة الجماع لم تكنيني او لم تدخلي معي في البيت فلم تفعل ثم فعلت بعد ساعة ان كان بعد سكون شهوته حنث والا لا وفي الجامع الكبير حلف لا يجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لا يحنث فان قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بهما ولو قال لامرأته ان فعلت حراما في هذه السنة فانت طالق ثلاثا فهذا على الجماع فان علمته بان فعله بمعانقتها يبتدأ من الفرجين وتعرف انها ليست مملوكة له ولا زوجة لو شهد عندها اربعة على ذلك لانه شهادة على الزنا والزنا لا يثبت الا بذلك ولو اقر لها كفى مرة لا يسعها المقام معه بان جحد عند الحاكم انه فعل وليس للمرأة بينة حلفته عند الحاكم فان حلفت وسعها المقام معه قلت فهذه المسئلة تقيد مسئلة ما اذا علمت انه طلقها ثلاثا يقينا ثم انكر في انه لا يمكنه ابدا واذا لم يستطع منعه عنها الا ان يتسمه ولو قال بالفارسية اگر تو با كسى حرام كنى فانت طالق فاباها فجامعها في العدة طلقت عندهما لانها لا تعتبر ان عموم اللفظ وابو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله لا يحنث فلا تطلق وعليه الفتوى ذكره في الخلاصة وغيرها ولو قال لآخر فعلت فان لم افعل قال ابو حنيفة ان لم يفعل على فور فعله حنث حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه ففي البالغ لا يحنث لان معرفة البالغ كذلك وبحثت في الصغير وعليه فرع ما لو ولد لرجل ولد فاخرجه الى جاره ولم يسم له فرآه الجار ثم حلف انه لا يعرف هذا الصبي يحنث ولو تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري اسمها فحلف انه لا يعرفها لا يحنث وكذا لو حلف انه لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجه دون اسمه لا يحنث الا ان يعني به معرفة وجهه فيحنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لا يفعل ما دام فلان في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لا يحنث حلف لا اترك فلانا يفعل كذا كلما مر اولا من هنا

كتاب الحدود

ويدخل يسير بقوله له لا تفعل لا تخرج لا تمر الطاعة او عصاه والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الحدود

لما اشتمل الايمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة اولاها الحدود التي هي عقوبات محضة اندفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود الصوم اوجه لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الايمان المغلب فيها جهة العبادة لكن يكون الترتيب ح الصلوة ثم الايمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالاجتماع ما يجب بالاخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب الاستعمال الشارع لها كذلك لكنه قال نبي الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله الحديث ثم ثم محاسن الحدود والمهم من ان تذكر ما ان تكتسب بيان ان الفقيه وغيره يستوي في معرفة انها ملامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففي الزنا ضياع الذرية واما تهتها معنى بسبب اشتباه النسب ولا يلتزم يصون الولد مع ما فيه من تهمة الناس البر او غيره ولذا ندب عموم الناس الى حضوره ورجمه وفي باقي الحدود زوال العقل وافساد الاعراض واخذ اموال الناس وقبح هذه الامور مركوز في العقول ولذا لم يبح الاموال والاعراض والزنا والسكر في ملة من الملل وان ابيح الشرب حين كان فساد هذه الامور عاما كانت الحدود التي هي بالغت منها حقوق الله على الخصوص فان حقوق ع على الخصوص ابدا تفيد مصالح عامة ولذا قال المص والمقصود من شرعية الانزجار عما يتضرر به العباد وانما عبارة المشهورة في بيان حكمة شرعيتها الزجر لا انه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المص الى قوله للانزجار الا ان قوله والطهرة ليست باصلية الى آخره اي الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد انها مقصود ايضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا اصليا بل هو تبع لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل في سقوط اثم قبل سببه اصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمة واما ذلك فقول طائفة كثيرة من اهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما في البخاري وغيره ان من اصاب من هذه المعاصي شيئا فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ومن اصاب منها شيئا فستره الله فهو الى الله ان شاء عفى عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق ذلك اي التقتيل والصلب والنفي لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فاخبر ان جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة اخروية الا من تاب فانها تسقط عنه الاخروية بالاجماع للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا ويجب ان يحمل الحديث على ما اذا تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر ان ضربه او رجمه يكون معه توبة منه لذوقه بسبب فعله فتقييده به جمعا بين الادلة وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس وانما اراد المص انه لم يشرع للطهرة فاراه بعبارة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر ولا طهرة في حقه من الذنب بالحد يعني ان عقوبة الذنب بالحد لم ترتفع لمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد لم يتحقق في حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من اهلها واما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب الخاص الذي حد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الى دليل سمعي في ذلك اذ لم يسمع انما يوجب لزوم عقوبة الكفر في حقه لا تضاعف عذاب الكفر عليه فاذا فرض ان الله سبحانه جعل الحد مسقطا لعقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا يضم الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا ان يدل دليل سمعي على ذلك هذا واما الاستدلال على عدم كون الحد

قال الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب في الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حد لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصود الاصلي من شرعه الانزجار عما يضر بالعباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان العهد قد يرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر

مستطابا بانه يقام عليه وهو كاره فليس بشيء بجواز التكفيه بما يصيب الانسان من المكاره والله اعلم ثم تحقق العبارة ما قال بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده اي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه قوله الحد لغة المنع وعليه قول نابغة ذبيان الا سليمان اذ قال الاله له قم في البرية فاحددها عن الفيد وهو الخطار في القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم في شرح ديوانه وكل مانع شيئا فهو حاد له وحدادا ذا ضبع للبواب لغة ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حداد لمنعه من الخروج بلاشك وان كان البيت الذي استشهد به لا يفيد وهو قوله لقول الحداد وهو يقودني الى السجن لا تجزع فما بك من بأس بمجانة لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان لجواز ان يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حداد له اذ يمنعه من الذهاب الى حال سبيله وللمنع حداد لمنعه الخمر في قول الاعشى فقتنا ولما نمنع ولكننا الى جونة عند حدادها وسمي اهل الاصطلاح المعرف للماهية حد لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع قال المصنف هو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى القصاص حد لانه حق العبد ولا التعذير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا لان المقدر نوع منه وهو التعذير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من جنس ما عرف انه زاجر عن غيره على ما سيأتي انشاء الله تعالى في هذا الاصطلاح هو المشهور في اصطلاح آخر لا يخص القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو المقدرة شرعا فيخرج ما يجب على هذا القسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه اذا طلب تركه الوجوب اذ الكريم صلى الله عليه وسلم على الساعة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال اتشفع في حد من حدود الله فاما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع الى الحاكم لا مطلقا ومن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت والوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل عند الامام عند الثبوت عنده قوله الزنا يثبت بالبينة والاقرار ابتداء بحد الزنا الكثيرة ووقوع سببه مع قطعية عن كتاب الله تعالى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كالكثرة والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصيحة لغة اهل الحجاز التي جاء بها القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا وتمد في لغة نجد وعليه قال الفرزدق يا طاهر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح سكرانا بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من اسماء الخمر قال فالمراد ثبوته عند الحكام اما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيذكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهناك يتكلم عليه وخص بالبينة والاقرار لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال ابو ثور ونقل قولا عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع اهدر اعتباره بقوله تعالى فاذا لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة وقول المصنف لانها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانها تثبت بها غير مفتقر الى هذا المعنى وحاصله لا تعذر القطع الكتفي بالظاهر وهو في البينة وفي الاقرار لان الاقرار بسبب الحد يستلزم مضرة في البدن ومعرة في العرض وتوجب نكاية في القلب فلم يكن الاقدام عليه الا مع الصدق

قال فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهد واعليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذى قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة تحقق معنى الستر وهو مندوب اليه ولاشاعة فحشه

دفعا للضرر الآخر على القول بسقوطه بالحد ان لم يثبت وقصدا الى تحقيق الكناية لنفسه اذ ورطته في اسباب سخط الله لينال درجة اهل العزم قوله فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود ليس فيهم امرأة على رجل او امرأة بالزنا ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعي هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج يدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها اولاد صغار وانما كانت اربعا لقوله تع فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تع ثم لم يأتوا باربعة شهداء والحديث الذي ذكره المصنف هو قوله للذي قذف امرأته بالزنا يعني هلال بن امية آيت باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك فلم يحفظ على ما ذكروا الذي في البخاري بانه عم قال البينة والا فحد في ظهرك نعم اخرجه ابو يعلى في مسنده ثنا مسلم بن ابي مسلم الجرمي ثنا خالد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن انس بن مالك قال اول لعان كان في الاسلام ان شريك بن سحماء قذفه هلال بن امية بامرأته فرفعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عم اربعة شهود والا فحد في ظهرك فالمسئلة وهي اشتراط الاربع قطعية مجمع عليها ثم ذكر ان حكمة اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه فاقتصر عليه لنفي قول من قال ان حكمته ان شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وعلى كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الاربعة اما ان فيه تحقيق معنى الستر فلان الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على اربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فلا يتحقق بذلك الانذار واما انه مندوب اليه فلما اخرج البخاري عن ابي هريرة عنه عم من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه واخرج ابو داود والنسائي عن عقبة بن عامر عنه عليه السلام قال من راى عورة فسترها كمن احيى موؤدة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغي ان يكون الشهادة به خلاف الاول التي مرجعها الى كراهة التنزيه لانها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك وهذا يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به اما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصي والفواحش بالخطابات المقيدة لذلك ونحو ذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فاذا ظهر حال الشدة في الزنا مثلا والضرب وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب ح بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحد ودخل من زل مرة او مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عم لهزال في ما عز لو كنت ستيرته بثوبك الحديث سيأتي كان في مثل ما ذكرنا والله سبحانه اعلم

واذا شهدوا انسأل الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى ومن زنى لان البينة عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط فى ذلك واجب لانه عساه غير الفعل فى الفرج عناه او زنى فى دار الحرب فى المتقادم من الزمان اذ كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطى جارية الابن فيستفسر فى ذلك احتياطا للدرء

وعلى هذا ذكره فى غير مجلس القاضى واذا رأى الشهادة تكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها واما ان المختار فى الحكم ما ذكره المصنف فلان شهادة الاثنين كما تكون معتبرة على فعل واحد تكون معتبرة على افعال كثيرة كما لو شهدوا ان هولاء الجماعة قتلوا قتلانا ونحوه فالمعول عليه ذكره المصنف قوله واذا شهدوا بالزنا سئلهم الحاكم عن خمسة اشياء عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى ومن زنى ثم استدل المصنف على وجوب هذه الاشياء بانه صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط المطلوب شرعا فى ذلك وهذا الوجه يعم الخمسة والسمعى يقتصر على اثنين منها فحاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فان قيل الكلام فى استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز فالجواب ان علة استفساره بعينها ثابتة فى الشهود كما ستسمع فوجب استفسارهم اما انه استفسره عن الكيفية ففيما اخرج ابو داود والنسائى وعبد الرزاق فى مصنفه عن ابى هريرة قال جاء الاسلمى نبى الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه انه اصاب امرأة حراما اربع مرات كل ذلك يعرض عنه فاقبل فى الخامسة فقال انكتها قال نعم حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود فى المكحلة والرشاء فى البئر قال نعم قال فهل تدرى ما الزنا قال نعم اتيت منها حراما مثل ما يأتى الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال اريد ان تطهرنى فامر به فرجم فسمع النبى صلى الله عليه وسلم رجلين من اصحابه يقول احدهما لصاحبه انظر الى هذا الذى ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجله فقال اين فلان بن فلان فقالا نحن ذا يا رسول الله فقال انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار فقالا ومن يأكل من هذا يا رسول الله قال فما نلتما من عرض اخيكما آنفا اشد من اكل منه والذى نفسى بيده انه الآن لفى انهار الجنة ينغمس فيها واما استفساره عن المزنية فلما اخرجه ابو داود وعن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان ماعز بن مالك فى حجرى فاصاب جارية من الحى فقال له ابى ايت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بما صنعت لعله ان يستغفر لك فاتاه فقال يا رسول الله انى زنيت فاقم على كتاب الله فاعرض عنه فعاد حتى قالها اربع مرات فقال عرم انك قد قلتها اربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر به ان يرجم فاخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن انيس وقد عجز اصحابه فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم اتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركتموه لعله ان يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق فى مصنفه فقال فيه فامر به ان يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب رضى الله عنه بلحى بعير فاصاب رأسه فقتله واما ان فى الاستفسار عن الامور الخمسة الاحتياط فما قال لانه عساه غير الفعل فى الفرج عناه بان ظن مما سته الفرجين حراما زنى او كان ليظن ان كل وطى محرم زنى يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا احتمال

بوظيف

[illegible] فاذا جاءوا بذلك وقالوا رأيناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية
حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتياطا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود
ما استطعتم فخلاف سائر الحقوق فعندنا بل حنيفة رحمه تعديل السر والعلانية تبيينه في الشهادات انشاء الله تعالى

نسأله عن الزنا ما هو ولا يحسن كيف كان مكرها وبرى ان الاكراه عن الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه لما روى عن ابي حنيفة
فيشبه ان فلهذا يسأله عن كيفيته وفي التحقيق هي حالة تتعلق بالزاني نفسه ثم يحتمل كون المشهود به زناه في دار الحرب
وليس فيه حد عندنا فلهذا يسألهم اين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم فلا حد فيه اذ قد ثبت بالبينة او في زمن
صباه فلهذا يسألهم متى زنى وحد التقادم سيأتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه
او كانت جارية او زوجة ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهولاء ان ينظروا في بيتي وكانت
في بيت احدهم كوة يبدو منها للناظر ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما اتيت الا امرأتي
ثم ان الله تعالى درأ عنه لعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل في المكحلة وكان مثل النصف من العبادة فحد عمر رضي الله عنه الثلاثة ولم يحد المغيرة لانه ما نسب اليه
الزنا بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وانفاسا عالية ولحافا يرتفع وينخفض وهو لا يوجب الحد وأخرج عبد الرزاق في
تفسيره بسنده عن عمر رضه ثم سألهم ان يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وابى ابو بكرة ان يتوب فكانت شهادته
لا تقبل حتى مات وعاد مثل النصف من العبادة انتهى فلهذا يسألهم عن المزني بزنا من هي وقياسه في الشهادة على زنا
امرأته ان يسألهم عن الزاني بها من هو فان فيه ايضا الاحتمال المذكور وزيادته وهو جواز كونه كان صبيا او مجنونا بان كنت
احد بها فانه لا يجب عليها في ذلك حد على قول الامام ابي حنيفة رحمه ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم انها زنى لا يحد المشهود عليه
ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكره زنا ليظهر قذفهم لغير الزاني بالزنا بخلاف
ما لو وصفوه لغير صفة فانهم يحدون فصار كما لو شهد اربعة فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لانهم باقون على
شهادتهم غير انهم لا يقبلون وعلى هذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد
ثلاثة وابى الرابع فان الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن ان يكون قذفا فلما لم يتم بامتناعه بقي كلام الثلاثة
قذفا فيحدون ولو شهدوا فسألهم فبينوا ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحد وما وقع في اصل المبسوط من ان الرابع اذا قال شهدت
زانيا فسأل عن صفته فلم يصفه انه يحد حمل على انه قال للقاضي في مجلس من غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة **قوله** واذا جاءوا
ذلك قالوا رأيناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وهي بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية
يبعث ورقة فيها اسماؤهم واسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية بان يجمع بين العدل والشاهد
فيقول هذا هو الذي عدلته وهذا ما وعدت به في بيانه في الشهادات حكم بشهادته وهو الحكم بوجوب حده وبقي شرط آخر وهو ان يعلم ان الزنا حرام مع ذلك كله ونقل
في اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها ابو حنيفة في الاموال احتياطا للدرء
ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت ايجاب الدرء ما امكن استدل عليه بما رواه ابو يعلى في مسنده من حديث ابي هريرة عنه عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذي
من حديث عائشة رضي الله عنها عنه عليه السلام قال ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة قال
الترمذي لا يعرفه مرفوعا الا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف واسند في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث

قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود لان التهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بحلاوالذين حيث لا يحبس فيما قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى **قال** والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات

ذاهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي به قال البيهقي والموقوف اقرب الى الصواب ولا شك ان هذا الحكم وهو درء الحد مجتمع عليه وهو اقوى وكان ذكر هذه ذكر لمستند الاجماع واعلم ان القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود ولا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو اقوى من الحاصل له من تعديل المزكي ولولا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا في اقامة الحد بالسبع الذي ذكرناه لكان يجيء بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعليل الشهود اهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره **قوله** قال في الاصل اي قال اذا وصف الشهود الاشياء المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا الى ان يسأل عن عدالة الشهود لانه متهم وقد يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرىء بالشبهات فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر منه في اخذ الكفيل اجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز بخلاف ما اذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لان اقصى العقوبات هناك بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز ان يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان كان بعد الثبوت عقوبة اغلظ وهذا هو الفرق الذي وعده المصنف بقوله وسيأتيك الفرق واما قوله وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فاخرج ابو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده معاوية بن حيدة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا من تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى عنه وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك قال اقبل رجلان من بني عقار حتى نزلا بضجنان من سياه المدينة وعندهما ناس من غطفان بعضهم ظهر فاصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابلهم فاتهموا العقاريين فاتوا بهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس احد العقاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يكن الا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاحد العقاريين استغفر لي فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال غرمك وقتلك على سبيل الله قال فقتل يوم اليمامة **قوله** والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا اربع مرات قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها اقوى حتى لا يندفع للشبهة بالفرار ولا بالتقادم ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو اقر الاخرس بالزنا بكتابة او اشارة لا يحد للشبهة لعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال ان يدعي شبهة كما لو شهد واعلى مجنون انه زنى في حال افاقته بخلاف الاعمى صح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين ولو اقر فظهر مجبوبا او اقرت فظهرت رتقاء وذلك بان تخبر النساء بانها رتقاء بطل الحد وذلك لان اخبارهما بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرىء الحد ولو اقر انه زنى بخرساء او اقرت باخرس لا حد على واحد منهما واختلف الحكم في اشتراط تعدد الاقرار فنفاه الحسن وحماد بن ابي سليمان ومالك والشافعي وابو ثور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل اربع مرات ولان الغامدية لم تقر اربعا وانما رد ماعزا لانه شك في امره فقال انك جنون ودهب كثير من العلماء الى اشتراط الاربع واختلفوا

في اشتراط كونها في اربع مجالس من مجالس القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر اوهو في اربع مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط الاربع من حيث انه يقتضي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار مرات الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رضي الله عنه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تمكرر اقراره هذا اربع مرات في اربع مجالس فلو ظهر ورد لما اخر حيا للثبوت الوجوب

في اشتراط كونها في اربع مجالس من مجالس المقر فقال به علماؤنا وفقهاء ابن ابي ليلى واحمد فيما ذكر عنه واكتفوا بالاربع في مجلس واحد وما في الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن ابي هريرة رض قال اتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه حتى ثنى ذلك اربع مرات فلما شهد على نفسه اربع شهادات دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابك جنون فقال لا فقال بل احصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما ازلقته الحجارة هرب فادركناه بالحرة فرجمناه فهذا ظاهر في انه كان في مجلس واحد قلنا نعم هو ظاهر فيه لكن الظهر منه في افادة انها في مجالس ما في صحيح مسلم عن بريدة ان ماعزا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فرده ثم اتاه الثانية من الغد فرده ثم ارسل الى قومه هل تعلمون بعقله باسا فقالوا ما نعلمه الا وفي العقل من صالحينا فاتاه الثالثة فارسل اليهم ايضا فسألهم فاخبروه انه لا باس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفيرة فرجمه واخرج احمد واسحاق بن راهويه في مسنديهما وابن ابي شيبة في مصنفه ثنا وكيع عن اسرائيل عن جابر بن عامر عن عبد الرحمن بن ابزى عن ابي بكرة قال لقي ماعز بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وانا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك الله قال فاعترف الرابعة فجلسه ثم سأل عنه فقالوا لا نعلم الا خيرا فامر به فرجم فصرح بتعدد المجلس وهو يستلزم غيبته ونحن انما قلنا انه اذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر وروى ابن حبان في صحيحه من حديث ابي هريرة رض قال جاء ماعز بن مالك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان العبد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فامر به فطرد فاخرج ثم اتاه الثانية فقال مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الثالثة فقال له مثل ذلك فامر به فطردوا خرج ثم اتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال ادخلت واخرجت فقال نعم فامر ان يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر في تعدد المجالس فوجب ان يحمل الحديث الاول عليها فان قوله فتنحى تلقاء وجهه محمول مع قوله الاول اقر عندي واحد لانه في مجلس واحد وقوله حتى ثنى ذلك اربع مرات اي في اربع مجالس فانه لا ينافي ذلك وقد دلت الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه واما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فما كون القاعدة لم تقر الا مرة واحدة فممنوع بل اقرت اربعا يدل عليه ما عند ابي داود والنسائي قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون ان الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وانما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص في اقرارها اربعا غاية ما في الباب انه لم يبق لتعاصيلها والرواة كثيرا ما يحذفون بعض صورة الواقعة على انه روى البزار في مسنده عن زكريا بن تسليم ثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن ابي بكرة عن ابيه فذكره وفيه انها اقرت اربع مرات وبوبر دها ثم قال لها اذهبي حتى تلدي الحديث غير ان فيه مجهولا لا تخرج حالته بما يشهد له من حديث ابي داود والنسائي واما كون رد ماعز اربعا كان لاستراببته في عقله فان مسلما لا يتوقف عليه وذلك على الاربع والثلاثة موضوعة في الشرع لا يلاء والاعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا لان عنده ما لا يعذر المغبون

وكان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعتبارا للزنا بتحقيق المعنى المستفاد من اختلاف المجالس لما ذكرنا وكان الاتحاد للمجلس اثر اتى جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار ولا اثر لذلك في الشهادة فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي فالاختلاف بان يرده القاضي كلما اذنب ذهب حيث لا يراه ثم جاء فيقر وهو رواية عن ابي حنيفة رح

فالمندوب ان يعرض عنه ثلثة ليراجع نفسه في شبهة فلو لم تكن الاربعة عدداً معتبراً في اعتبار اقراره لم يعرض رجمه بعد الثالثة وحمل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك قوله في حديث ماعز انه قد فلتها اربعا فيمن وهو حديث اخرجه ابو داود والنسائي والامام احمد عن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان ماعز بن مالك في حجر ابي فاصاب جارية من الحي فقال له ايت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه احمد قال هشام فحدثني يزيد بن نعيم عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح واسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وابو نعيم ذكره ايضا وهو مختلف في صحبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الاربع جماعة بالفاظ مختلفة فمنها ما ذكرنا ومنها في لفظ لابي داود عن ابن عباس انك قد شهدت على نفسك اربع مرات وفي لفظ لابن ابي شيبة اليس انك قلتها اربع مرات وتقدم في مسند احمد عن ابي بكر رضا انه قال بحضرته عرم ان اعترفت المرابعة رجمك الا اني في اسناده جابر الجعفي وكونه روى في الصحيح انه رده مرتين او ثلاثا فمن اختصار الراوي للالفاظ شك انه اقر اربعا وقوله في ذلك اللفظ شهدت على نفسك يونس منه انه اعتبر الاقرار بالشهادة فكما اوجب سبحانه في الشهادة على الزنا اربعا على خلاف المعتاد في غيره ولذا اعتبر في اقراره انزله بكل اقرار بمنزلة شهادة واحد ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه واذن فقوله وحديث العسيف فان اعترفت فارجمها معناه الاعتراف المعروف في الزنا بناء على انه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من حاضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة ونقل هذا من حديث ابي هريرة رض في استفسار ماعز انه رجمه بعد الخامسة وتاويله انه عد احد الاقارير فان منها اقرارين في مجلس واحد كما قدمناه في الحجج فكانت خمسا فان قيل يجوز كون رده ليرجع قلنا ينبغي ان يتيقنه الرجوع ولكن في مجلس الاقرار الموجب ولو كان الاقرار الموجب هو الاول للتقنه بعده للانه يطلقه مختارا في اطلاقه ليذهب فقد لا يرجع هكذا يوما بعد يوم وهذا لما علمت ان الاقامة مخاطب بها الامام بالنص اذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه ان يفصله والافات المقصود من الايجاب غير انه اذا رجع قبل رجوعه فايجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الاقامة وهذا لا يوجب جواز رده واخراجه لينهب فيرجع وقد لا يرجع بل يذهب الى معالي سبيله وهو مصر على الاقرار غير انه يقول في نفسه ان الاقرار بهذا الحق لا يوجب شيئا على الامام فيجلس في بيته مصرا على اقراره غير راجع عنه خصوصا في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الاحكام للناس بعد وما روى ان الغامدية قالت له عليه الصلوة والسلام اتريد ان ترد ني كما رددت ماعزا والله اني لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لاحد بل لما قالته قال لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت اتته بالصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته قال فاذهبي فارضعيه حتى تفطميه فلما فطمته اتته بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس ان يرجموها فرجموها فاقتفل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وليس في هذا انه اعتبر قولها فلم يردها غاية الامر انه ردها وغياه الى ولادتها ثم ردها الى فطامها لاتفاق الحال بان يثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا سبب ظاهر في خصوص هذا الرد ولعلها كلما رجعت اليه يصدر منها ما هو اقرار

لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة **قال** فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنا في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد وفي وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله وقال الشافعي رحمه الله هو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه وكذلك ما هو خالص حق الشرع

اذ لابد ان يقع في مجلسها شيء مما هي بصدده هذا لو لم يكن ما تقدم مما يفيد ان اقرارها كان اربعا غير انه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط في الرد اعتبر به الحكم بتعدد الاقارير تعدد مجالس المقر دون القاضي لانه الذي به يتحقق الاقرار وبه فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبر في مجلس واحد حتى لو جاؤا في مجالس حدوا لانها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فامكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط واما ما قيل ان اشتراط الاربع في الشهادة لان الشاهد متهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لاشك في الصدق واصل التعدد انما لزم حتى لزم الاتيان لامكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر وشرط في النساء لذلك ايضا بالنص قال تعالى فتذكر احداهما الاخرى غير ان المرأة انما تخالط المرأة لا الرجل الاجنبي فلزمت الاخرى لتذكرها **قوله** لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة لا يعرف بهذا اللفظ واقرب الالفاظ اليه ما ذكرناه من حديث بن حبان انه طرد واخرج فارجع اليه **قوله** واذا بين ذلك اي على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سيذكره المصنف في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لانه قد يبين من لا يحد بوطيها كما ذكرنا في جارية ابنه بخلاف ما لو قال في جوابه لا اعرف التي زنيت بها فانه يحد لانه اقرار بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره لانه لا ملك له في المزنية لانه لو كان يعرفها ان الانسان لا يجهل زوجته وامته والحاصل انه اذا اقر اربع مرات انه زنى بامرأة لا يعرفها حد وكذا اذا اقر انه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف حده ثم ارسل الى المرأة فقال ان اعرفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال ان تذكر مسقطا عنه وعنها لا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال ان ترجع الشهود ولان كلا منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا اعرفه لا يحد الرجل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا اقرت انها زنت بفلان فانكر فلان تحد هي عندهما لا عنده **قوله** وقال الشافعي يقيم عليه الحد وهو قول ابن ابي ليلى والمسطور في كتبهم لو رجع قبل الحد او بعد ما اقيم عليه بعضه سقط وعن احمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعي وعلى تقديره فقوله كما اذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه انه انكار بعد ثبوت كما لو فرض انه شهد وا عليه وهو ساكت فلما سألهم الحاكم الا بينة الخمسة وتمت الحجة انكر ولا يخفى انه تكلف والحق ان الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل صحة شرعا حكما فيجب كون المحل الذي هو الاصل رجوعا عن اقرار بغيره وهو ليس ممتنعا في الشهادة لغم في القصاص وحد القذف يعني لو اقر بهما ثم رجع لا يقبل وكذا لا يقبل في الزنا ولنا ان الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب وليس احد يكذبه فيه فيتحقق به الشبهة في الاقرار السابق عليه فينبغي ان يندرئ بالشبهة لانه ارجح من الاقرار السابق فافهم بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه في اخباره الثاني فينعدم اثره

ويستحب للامام ان يلقن المقر بالرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمستها او قبلتها وقال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى **فصل** في كيفية الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف ورجمنا بعده الا حصان وعلى هذا اجماع الصحابة

في اخباره الاول بالكلية **قوله** ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمست روى في بعض احاديث ماعز لعلك مسستها لعلك قبلتها وعند البخاري لعلك قبلت او غمزت او نظرت وقال في الاصل ينبغي ان يقول له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة والمقصود ان يلقنه ما يكون ذكره وداريا لذكره كائنا ما كان كما قال ايضا عرم للسارق الذي جيء به اليه اسرقت وما اخاله سرق والله اعلم بالصواب **فصل** في كيفية اقامة الحد بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفيته **قوله** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا هذا من الالفاظ التي جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال احصن فهو محصن في الفاظ معدودة هي اسهب فهو مسهب اذا طال واسعن في الشيء ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر رضي الله عنه ادع الله لنا فقال اكره ان اكون من المسهبين بفتح الهاء والفتح بالفا فتقرفهو بلفتح الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها ايضا اذا افلس وعليه دين **قوله** رجمه بالحجارة حتى يموت عليه اجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان انكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعي وان انكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي رضي الله عنه وجود حاتم والاحاد في تفاصيل صوره وخصوصياته اما اصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشفت بهم عمر رضي الله عنه وكاشفت بهم حيث قال خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله الا وان الرجم حق على من زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف رواه البخاري وروى ابن داود انه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأناها وعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم الحديث وقال لولا ان عمر رضي الله عنه زاد في كتاب الله لكتبتها في حاشية المصحف وفي الحديث المعروف اعني المشهور المروي من حديث عثمان وعائشة رضي الله عنهما وابي هريرة وابن مسعود رضي الله عنهم ففي الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وروى الترمذي عن عثمان رضي الله عنه انه اشرف عليهم يوم الدار وقال انشدكم بالله اتعلمون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلوني الحديث قال الترمذي حديث حسن وروى الشافعي في مسنده عن عثمان لا يحل دم امرئ مسلم الا من احدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وابو داود والدارمي واخرجه البخاري عن فعله عرم من قول ابي قتادة حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم احدا قط الا في ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل او رجل زنى بعد احصان او رجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك في رجم عمر وعلي رضي الله عنهما ولا يخفى ان قول المخرج حسن او صحيح في هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند وذلك لا ينافي الشهرة وقطعية الثبوت بالتظافر والقبول والحاصل ان انكاره انكار دليل قطعي بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنى او لفظا كسائر المسلمين الا ان انحرافهم عن الاحتياط بالصحابة والمسلمين وتركهم التردد الى

قال ويخرجان الى الصحراء فيقيمان ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روى عن علي رض ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء لئلا يستمر الجلد مباشرة فيرجم فكان في بدايته احتمال للدرء وقال الشافعي رح لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يجسر بالجلد قتلا كما لا يجسر بما يمنع تهلكا والاداء ليس مستحقا ولا كذلك الرجم لانه اتلاف قال فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط

علماء المسلمين والرواة او قعهم في جهالات كثيرة لخفاء السبب عنهم والشهرة ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس في كتاب الله الرجم بل جلد الزاني والزانية ومقادير الركعات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون بعده فقال لهم وهذا ايضا فعله رسول الله والمسلمون بعده **قوله** يخرجه الى ارض فضاء لان في الحديث الصحيح قال فرجمناه يعني ماعزا بالمصلى وفي مسلم وابي داود فانطلقنا الى بقيع الغرقد كان المصلى كان بيان المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان واما ما في الترمذي من قوله فامر به في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتأول على انه اتبع حين هرب حتى اخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسنات متظافرة على انه انما صار اليها هاربا لانه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الجمدان يوجب ضررا من بعض الناس لبعض المغيث **قوله** ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان يجب كما تراه وفي الشاهد من امتناع بعض الناس في ذبح الحيوان الحلال الاكل والاضحية بل ومن حضورهما فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في اندفاع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعي ليس بشرط اعتبارا بالجلد يعني فانه اثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في اقامة الحد ابتداء الشهود واجاب بالفرق بان الجلد لا يحسنه كل احد فقد يقع لعدم الخبرة تهلكا وهو غير مستحق واذا بخلاف الرجم فان المقصود منه الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراطهم ابتداءهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع للاحقة واما اثبات المذهب فيقول على رضا بنار على وجوب تقليد الصحابي فان قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لانه علله بان امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد ربما يتساهل في الاداء فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف رح لانه دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لا يندرئ الحد على ما عرف وسيأتي انما يصح بناء على ان الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمل احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس جزع الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالاضحية والدجاجة فكيف بالاعلى فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته وهو غلط لانا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه امارة لا يقطع بوجوب الحد لول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع والرجوع ثبوت لان الثابت شبهة في الشهادة ولا شبهة الشبهة فيها لو حين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فانه به يظهر ان تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحد به هناك ولا يحد بدلالة الرجوع اذا لم يكن دلالة قطعية يوجد معها الحد لول قطعا لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا واما ثبوت ذلك عن علي رض فما خرج ابن ابي شيبة نا عبيد بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان عليا رض كان اذا شهد عنده على الشهود على الزنا امر الشهود ان يرجموا ثم رجم ثم رجم الناس فاذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس قال وحدثنا ابو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد عن عبد الرحمن بن عبد الله

وان كان مقر ابتدأ الامام ثم الناس كذا روى عن علي رض وروى عن رسول الله عليه السلام ان الغامدية بحجارة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا

بن مسعود رض عن علي رض قال ايها الناس ان الزنا زنا ان زنا السر وزنا العلانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمي ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية ان يظهر الحبل او الاعتراف فيكون الامام اول من يرمي قال ان في يده ثلاثة احجار فرماها بحجر فاصاب عضده فاستدارت ورمى الناس وروى الامام احمد في مسنده عن الشعبي قال كان الشراحة زوج غائب بالشام فانها حملت فجاء بها مولاها فقال ان بذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وانا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على بذه احد لكان اول من يرمي الشاهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا اول من يرميها فاخذ الحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي عن الاصلع عن الشعبي عن علي رض وفيه انه قال لها لعله وقع عليك وانت نائمة قالت لا قال لعله استكرهك قالت لا قال فامر بها فحسبت فلما وضعت ما في بطنها اخرجها يوم الخميس وضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرجبة واحاط الناس بها الحديث وفيه ايضا انه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم امر بهم فرجم صف ثم صف ثم صف واورد ان اثبات اشتراط البداة بهذا زيادة على النص بما هو خبر الواحد واصلاح الايراد انه تقييد القطعي المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب به والجواب ان الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرؤه بالشبهة فاذا دل ظني على ان البداة شرط لزم ان عدمها شبهة فيندرئ به الحد بحكم القطع بوجوب درء هذا الحكم القطعي للشبهة وموت الشهود يسقط واحدهم وكذا اذا غابوا او غاب احدهم في ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن ابي يوسف ان بداتهم مستحبة لا مستحقة فلو امتنعوا او ماتوا او غابوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن اهلية الشهادة كما لو ارتد احدهم او عمي او خرس او فسق او قذف فحد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء او بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود وهذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة ولو كان بعضهم مقطوع اليدين او مريضا لا يستطيع الرمي وحضر يرمي القاضي ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت لاقامة وقد يقال اذا كان شرطا ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط وايضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت الا ان شمس الائمة فرق بانهم اذا كانوا مقطوعي الايدي لم يستحق البداة لهم واما هنا فقد استحقت فاذا تعذر بالموت او الغيبة صار كما لو امتنعوا وهذا تقييد شرطية بكون المشهود قادرين على الرجم ولا شك ان المعنى المسقط يجمعها وما يبطل الشهادة ويسقط الحد ان يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه ابو يوسف لان سقوطه في الوجه الاول كان لا لشرط الشهادة عدم الاقرار ففات الشرط قبل العمل بها وقد علم ان الامضاء من القضاء في الحدود فكان كالاول وخالفه محمد رح قوله وان كان مقر ابتدأ الامام ثم الناس كذا روى عن علي رض وهو ما ذكرناه آنفا وقوله ورمى عرم الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه ابو داود عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخا يحدث عن ابي بكرة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها الى الثندوة ثم ذكر اسنادا آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة وقال ارموا واتقوا الوجه فلما طفيت اخرجها وصلى عليها ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول وانت تعلم انه لو تم امر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام علي رض واعلم ان مقتضى هذا انه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو امرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه عزم لم يحضر قبل رجمه الناس عن امره عزم ويمكن الجواب بان حقيقته ما دل عليه

ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام لماعز ولامرأة اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حر احده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به بامر الامام بضربه

قوله على انه يجب على الامام ان يلزمهم بالابتداء حتما لاحتمال الثبوت لدلالة الرجوع وعدمه وان لم يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس انه لم يقصر في امر القضاء بان لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا استنع ح ظهرت امارة الرجوع فامتنع الحد للظهور شبهة تقصير في القضاء وهي دارية فكان البداءة في صفة الشرط انه لزم عن عدمه العدم لانه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه عزم منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يثبت واعلم ان مقتضى ما ذكرانه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب ان ثنى الامام فلو لم ثنى الامام يسقط الحد لاحتمال الماخذ فيها قالوا وليستحب الكل من رجم ان يقصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا ان يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصد ويكتفي بغيره فيه قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز اصنعوا به الخ ورواه ابن ابي شيبة عن ابي معاوية عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابن ابي بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلوة عليه واما صلوته عزم على الغامدية فاخرجه الستة الا البخاري من حديث عمران بن الحصين ان امرأة من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله اصبت حدا فاقمه علي الحديث بطوله الى ان قال ثم قام فانطلق امرها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر اتصلى عليها يا نبي الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من اهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة افضل من ان جادت بنفسها لله وفي صحيح البخاري من حديث جابر في امر ماعز قال ثم امر به فرجم وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخاري قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم ابو داود وصححوه واما ما رواه ابو داود من حديث ابي برزة الاسلمي انه عزم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلوة عليه ففيه مجاهيل فان فيه عن ابي بشر حدثني نفر من اهل البصرة عن ابي برزة نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز وقال له خير اولم يصل عليه معارض صريح في صلوته عليه لكن المثبت اولى من النافي لكن على اصول الحنفية وهو ان النفي اذا كان من جنس ما يعرف بدليل يساوي الاثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا النفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك او لانك ان الصحابي اذا شهد الصلوة بنفسها يعلم عدم صلوته عليه عزم فيطلب الترجيح بغير ذلك ومن هذا ذهب مالك الى انه يصلى عليه غير الامام والحاصل ان الصلوة عليه شك حالا تك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام اثر شهادة يوم القيمة واما انه عزم صلى على ماعز ففي خبر التعارض والغامدية من بني غامد حي من الازد قاله المبرد في الكامل وفي كتاب انساب العرب غامد لبطن من خزاعة وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين انت امرأة من جهينة قوله وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تع الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هي الاصل اذ الداعية فيها اكثر ولو لا تمكينها لم يزن وبها اعم في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعا وكيفيا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو اولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوتها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر رض وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف فيه وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين

بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رض لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لا فضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار ويلتزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رض كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فليتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال الا راسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير وذلك لان الفرج مقتل والراس مجمع الحواس كذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا وقد يرمى فتوات شتى منها بالنشاب ذلك اهلك ان معنى فلا يشرع حده

من الصحابة كانوا اذا ذاكروا حضورا ثم لا شك ان الطريق في ذلك الى عمر رض ظني ولهذا والله اعلم قال علي رض فيما ذكرناه عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسخ الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك انه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه ان الرجم حكم زائد في حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ويستدل له بقوله عم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفي رواية ابي داود ورمي بالحجارة وسيأتي الكلام عليه قوله بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر وفي الصحاح وغيره عقد اطرافه ورجح المطرزي ارادة الاول بناء لما ذكر الطحاوي ان عليا رض جلد الوليد بسوط له طرفان اربعين جلدة كانت الضربة ضربتين وفي الايضاح ما يوافقه قال ينبغي ان لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفي الدراية لكن المشهور في الكتب لا ثمرة له لا عقدة عليه وقول المصنف في الاستدلال عليه لان عليا رض لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول اصلا بل احد الامرين اما العقدة واما تليين طرفه بالدق اذا كان يابسا وهو الظاهر وروى ابن ابي شيبة ثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن انس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلت له في زمن من كان هذا قال في زمن عمر بن الخطاب رض والحاصل ان المراد ان لا يضرب وفي طرفه بس لانه ربما يجرح او يبرح فكيف اذا كان فيه عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن ابي كثير ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اصبت حدا فاقمه علي فدعا عرم بسوط فاتي بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فاتي بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فاتي بسوط بين سوطين فقال هذا فاضربه فجلد فرواه ابن ابي شيبة عن زيد بن اسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى برجل فذكره مالك في الموطا والحاصل ان يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذي به يصير ذا ثمرة تعميما للمشترك في النفي لانه عين العدد ما ئة ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان اولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق راسه فيصير متوسطا قوله بين الموجع وغير المؤلم فيكون مؤلما غير موجع فلزم انه اراد بالموجع المبرح والا لم يستقم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحد ضعيف الخلقة فخفف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله قوله ينزع عنه ثيابه الا الازار لستر عورته وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد يترك عليه قميص او قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضي التجريد وقول المصنف لان عليا كان يأمر بالتجريد زاد عليه شارح الكنز فقال صح ان عليا كان يأمر بالتجريد في الحدود بعد ما قال المخرج انه لم يعرف عن علي بل روى عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه اتى برجل في حد فضربه وعليه كساء قسطلاني قاعدا واسند الى المغيرة بن شعبة في الحد وذا انتزع عنه ثيابه قال لا الا ان يكون فروا او محشوا واسند عن ابن مسعود لا يجلد في هذه الامة تجريد ولا مد قوله ويفرق الضرب على اعضائه لان جمعه في عضو قد يفسده واستثنى الراس والوجه والفرج وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يخطه مخرجون مرفوعا بل موقوفا عن علي رض انه اتى برجل سكران او في حد فقال اضربه واعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب رض انه قال وقد اتى برجل اضربه واعط كل عضو حقه قال ردينا هذا القول عن علي وابن مسعود

وقال ابو يوسف رح يضرب الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رض اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا ويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه مرد في حرب كان من دعاة الكفرة والاهل ان فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رض يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمد لا بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق

والنخعي رح انتهى ولا شك ان معنى ما ذكره المصنف في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض عنه عزم قال اذا ضرب احدكم فليتق الوجه والمذاكير ولا شك ان هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجه من يبارزه او هو في مقابلة حالة الصلة لا يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبرا في حد قتلا او غير قتل وفي القتل صريح ما تقدم من رواية ابي داود ومن حديث ابي هريرة انه عليه السلام رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه رح فلا شك ان قول عمر وعلي رض اعط كل عضو حقه كما ذكر ابن المنذر بهذا مقتصر عليه عام مخصوص لانهما لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير وانما كان ذلك معلوما فلم يحتج الى ذكره على انه ذكر في رواية غيره عن علي كما حكيناه آنفا بما سمعت فعلم ان ما اورده المصنف دليل على بعض المطلوب والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو انه مجمع حواس الباطنة فربما يفسد فهو ابلاك معنى وبهذا من المصنف ظاهر في القول بان العقل في الرأس الا ان يأول وهي مختلفة بين الاصوليين وما قيل في المنظومة والكافي ان الشافعي يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية البينة والا فحد في ظهرك غير ثابت في كتبهم بل الذي فيها كقولنا وانما ذكر رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه واجيب بان المراد بالظهر نفسه اي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة من عمر وعلي وابن مسعود رض وما استنبطناه من قوله عزم اذا ضرب احدكم فليتق الوجه وانه في نحو الحد مما سواه داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع وعن محمد رح في التعزير يضرب الظهر وفي الحدود الاعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قال ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه صلى اعتبار تسميته ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا ثابت مفارقه وانما له مفرق واحد قوله وقال ابو يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة رجع اليه بعد ان كان اولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث ابي بكر رض الذي ذكره ورواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان ابا بكر رض اتي برجل انتفى من ابيه فقال الخزي في الرأس فان فيه شيطانا والمسعودي مضعف ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار ان رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر واعد له عراجين النخل فقال له من انت فقال انا عبد الله صبيغ فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال انا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى دمي رأسه فقال يا امير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت اجد في رأسي وهذا يناسب في جواب المصنف بان ذلك كان مستحق القتل ولو قلنا ان واقعة ابي بكر رض كانت فيه فان ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب ابي بكر رض للذي انتفى من ابيه هذا واستثنى بعض المشايخ وهو رواية عن ابي يوسف رح ايضا الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عدوا ليس الا يقبل في البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي ان لا يضرب البطن قوله ويضرب في الحدود كلها وكذا التعزير قائما غير ممدود لقول علي رض الخ روى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رض قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة في الحد ولان مبنى الحد في التشهير زجرا للعامة عن مثله والقيام ابلغ فيه والمرأة مبنى امرها

وان كان عبدا جلد خمسين جلدة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء وكان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء كان النصوص تشملهما جميعا المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرء والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرء والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما يفرقان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها قال وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر على ماعز لشراحة الهمدانية وان ترك لا بأس به لانه عليه السلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر للمرجومة

على الستر فيكتفي بتشهير الحد فقط بلا زيادة وقوله غير معتمد وقيل الحمدان يلقى على الارض كما يفعل في زماننا وقيل ان يحمل السوط بالكف فيه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجلد وفيه زيادة الم وقد يفضي الى الجرح وكل ذلك لا يفعل فلفظ معتمد وقع في جميع معانيه لانه في النفي مجاز تقيمه فان استمع الرجل فلم يقف ويصير لا بأس بربطه على اسطوانة او يمسك قوله وان كان عبدا جلد خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء وهو ايضا مما يعرف من اول الكلام ولا فرق بين الذكر والانثى بتنقيح المناط فرجح به الى دلالة النص بناء على انه لا يشترط في الدلالة اولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفي فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب المذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان في تزوج الاماء بقوله ومن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المومنات ثم تمم حكمهن اذا زنين ولان الداعية فيهن اقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزاني في الآية وبهذا الشرط اعني الاحصان لا مفهوم له فان على الاماء نصف المائة احصنوا او لم يحصنوا واسند ابو بكر الرازي الى ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون ان لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وابو داود والنسائي عن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم من احصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس رضي الله عنهم ان لا حد عليها حتى تحصن بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم لانه غير صحيح وقرئ فاذا احصن بالبناء للفاعل وتاول على معنى اسلمن وحين لزم سبحانه نصف ما على المحصنات اذا احصن لزم ان لا رجم على الرقيق لان الرجم لا يتنصف ولان الرق منصف للنعمة فتنقص العقوبة به لان الجناية عند توفر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ الا ترى الى قوله سبحانه يا نساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين قوله والرجل والمرأة في ذلك سواء لشمول النصوص اياهما فان كان كل منهما محصنا رجم او لا فعلى كل الجلد او احدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالبينة والا فاقرار يكون على ما شرط وقوله غير ان المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها الا الحشو والفرو ولان في تجريدها كشف العورة لان بدنها كله عورة الا ما عرف وجهه ظاهر وتضرب المرأة جالسة لما روينا يعني من كلام علي رضي الله عنه ولانه استر لها قوله فان حفر لها في الرجم جاز لهذا ولذلك حفر عم للغامدية الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وفتحها مع الواو مفتوحة ثدي الرجل ولحم الثديين والدال مضمومة في الوجهين وما قيل الثدي للمرأة والثندوة للرجل غير صحيح بحديث الذي وضع سيفه بين ثديه وكذا حفر على رضي الله عنه لشراحة الهمدانية بسكون الميم وهي قبيلة كانت عيبة على رضي الله عنه وقد مدحهم وقال في مدحهم فلو كنت بوابا على باب جنة لقلت لهمدان ادخلوا بسلام وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية احمد عن الشعبي انه حفر لها الى السرة ثم قال المصنف ان ترك الحفر لم يضر ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يامر بذلك يعني لم يوجب بناء على ان حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه عزم حفر للغامدية ومعلوم ان ليس المراد الا انه امر بذلك فيكون مجازا عن امر دون الاول كانت مناقضة مخربة فان مثلها انما يقع عند بعد العهد اما معه فيستطرد

ولا يحفر لرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي رح له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فاشبه كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يفوز الصبي وحق الشرع موضوع عنه

فنزيب وهو ههنا كذلك **قوله** ولا يحفر للرجل لانه عرم لم يحفر لماعز وتقدم في رواية مسلم وتقدم في رواية ايضا من حديث ابي بريدة الاسلمي انه حفر له وهو منكر لمخالفة الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتظافرة **قوله** ولان مبنى الحد على التشهير في الرجال لا حاجة الى التخصيص بل الحد مطلقا مبني على التشهير غير انه يزاد في شهادته في حق الرجل لانه لا يضره ذلك ويكتفى في المرأة بالاخراج والاتيان بها الى مجتمع الامام والناس خصوصا في الرجم واما في الجلد فقد قال تع وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين اي الزانية والزاني فاستحب ان يامر الامام طائفة اي جماعة ان يحضروا اقامة الحد وقد اختلف في هذه الطائفة فعن ابن عباس رض واحد وبه قال احمد وقال عطا واسحاق اثنان وقال الزهري ثلثة وقال الحسن البصري عشرة وعن الشافعي ومالك اربعة واما قوله والربط والامساك غير مشروع فلما تقدم من قول ابن مسعود رض ليس في هذه الامة تجريد ولا مد ولان ماعزا انتصب لهم قائما يمسك ولم يربط الا ان لا يصبر واحيانا هم فمع يمسك فيربط فاذا هرب في الرجم وان كان مقرا لا يتبع وترك وان كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لان هربه رجوعا ظاهرا ورجوعه يعمل في اقراره لا في رجوع الشهود وذكر الطحاوي صفة الرجم ان يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلوة كلما رجمه صف تنحوا ولم يذكره في الاصل بل في حديث علي رض في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقي عن الاصلع عن الشعبي وفيه احاط الناس بها واخذوا الحجارة قال ليس كهذا الرجم اذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلوة صفا فصلت صف الى ان قال ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم صف ولا يقام حد في مسجد باجماع الفقهاء ولا تعزير لما روي عن مالك انه لا باس بالتاديب في المسجد خمسة اسواط قال ابو يوسف اقام ابن ابي ليلى الحد في المسجد فخطأه ابو حنيفة وفي الحديث انه عرم قال جنبوا صبيانكم ومجانينكم ورفع اصواتكم وشراكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروا في جمعكم وصفوا على ابوابها المطاهر ولانه لا يؤمن من خروج النجاسة من الحدود فيجب تنزيه المسجد عنه **قوله** ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي ومالك واحمد يقيمه بلا اذن وعن مالك الا في الامة المزوجة واستثنا الشافعي من المولى ان يكون ذميا او مكاتبا او امرأة وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة او قطع الطريق او قطعا للسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووي الاصح المنصوص لعموم لاطلاق الخبر وفي التهذيب الاصح ان القتل والقطع الى الامام لهم ما في الصحيحين من حديث ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لا ادري بعد الثالثة او الرابعة والضفير الحبل وفي السنن عنه عرم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم ولانه يملك تعزيره صيانة لملكه عن الفساد فكذا الحدود لان له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه ما لا يملك الامام من التصرف فملكه الاقامة عليه اولى من الامام ولنا ما روى الاصحاب في كتبهم عن ابن مسعود رض وابن عباس رض وابن الزبير رض موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولان الحد خالص حق الله تع فلا يستوفيه الا نائبه وهو الامام وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث وكونه حق الله فانما يستوفيه نائب مسلم ولكن الاستنابة تعرف بالسمع وقد دل على انه استناب في حقه المتوجه منه على الاقرار مواليهم بالحديث السابق ودلالته على الاقامة بنفسه ظاهرة وان كنا نعلم انه ليس المراد الاقامة بنفسه فانه لو امر به عبيده كان ممتثلا فجاز كون المراد ذكره الامام ليامر باقامته لكن لما ثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك بل على الظاهر المتبادر من

شهرته

قال واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط الاهلية العقوبة اذ الخطاب دونهما وما وراءهما يشترط التكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فينا ط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال والاصابة شبيهة بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ

قول الناطق اقام فلان الحد على فلان او جلد فلان فلانة والتبادر انه باشره او امر به على ان المتبادر احد دائر فيهما لا في ثالثة بهما فان مع رفعه الى الحاكم ليجده نعم من استقر اعتقاده على ان اقامة الحدود الى الامام فالمتبادر اليه من ذلك اللفظ الاخير بخصوصه **قوله** واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان قيد باحصان الرجم لان احصان القذف غير هذا كما سياتي والاحصان في اللغة المنع قال تعالى ليحصنكم من باسكم فاطلق في استعمال الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى العفة وبمعنى التزوج منه ان ينكح المحصنات وبمعنى التزويج وبمعنى الاصابة في النكاح وبمعنى العفة يقال احصنت اي عفت واحصنها زوجها قال في المبسوط المتقدمون يقولون ان شرائط الاحصان سبعة وعدما ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة والى ذلك اشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة والحرية شرط تكميل العقوبة لا شرطا لاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول انتهى واختلف في اثنين من هذه الاسلام وسيذكره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل امة او صبية او مجنونة او كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا خلافا له وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد او مجنون او صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فاسلمت بعد ما دخل بها ثم قبل ان يدخل بها بعد الاسلام اي يطأها زنا لا يرجم وكذا لو اعتقت الامة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد العتاق وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وبها محصنان فارتدا معا بطل احصانهما فاذا اسلما لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله واعلم ان الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي ان تكون بيانية اي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل ان الاحصان الذي هو شرط الرجم هي المأثورة في اجزائه وهو هيئة تكون باجتماعها في اجزاء علة وكل جزء علة واحد شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجوب الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا وقياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره لا يقال كما ان الحد لا يثبت قياسا فكذا شروطه لانا نقول بل يجب ان يثبت شروطه قياسا لان عدم جواز نفس الحد انما لعدم المعقولية اولانه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة واثبات الشرط احتيال للدرء لا لايجابه بقي الشان في تحقيقه وقد اثبت المصارحة شرط اتفاقهما في صفة الاحصان مع غيره بقوله بانها من جلائل النعم فان من النعم كون كل من الزوجين مكافيا للآخر في صفاته الشريفة ثم قال وقد شرع الرجم بالزنا عندنا باستجماعها فينا ط به اي باستجماعها وان انيط بكلها يلزم ان ينتفي الحد بانتفاء كل منها ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور اثر وجود الشبهة في درء الحد وعدم ثمانها شبهة في قصور الصارف فيندرئ به وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا لكمال ارتفاع حاجته الى الوطي عنده فكونه بالغلام الصغير لا تكمل فيه رغبته الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل هي

والشافعي رح بخلافنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رح في رواية لهما ما روى ان النبي رجم يهوديين قدمنا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ بيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن

محل فقرة الطباع وكذا ينفر المسلم عن صحبته من يفارقه في دينه ومنها وكذا يرى الحر انحطاطا بتزوج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين فاذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها افحش فناسب كون العقوبة اغلظ فشرعت كذلك وهو الرجم عندنا خلافا فينبغي ان لا يستجاع لها بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما روى باعتبارها ونصب الشرع بالرأي ممتنع ووجه عدم اعتبارها في تكميل العقوبة انها لا مدخل لها في تكميل الصارف وان كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر اورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسلمة كما يفيده ما ذكر في نفقة المسلم اجيب بان يكونا كافرين فيسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الاسلام عليه وآبائه وما لم يفرق القاضي بينهما بابائه يهاز وجان قوله والشافعي رح بخلافنا في اشتراط الاسلام اي في الاحصان وكذا ابو يوسف رح في رواية وبه قال احمد قول مالك كقولنا فلو زنى الذمي الثيب الحر يجلد عندنا ويرجم عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر ان اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان امرأة منهم ورجلا زنيا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شان الرجم فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوراة فنشروها فوضع احدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فامر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فرجما والذي وضع يده على آية الرجم عبد الله بن صوريا واجاب المصنف بانا انما رجمنا بحكم التوراة فانه سألهم عن ذلك اولا وان ذلك انما كان عند ما قدم عليه الصلوة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الاسلام في الرجم ثم نزل حكم الاسلام بالرجم باشتراط الاحصان وان كان غير متلو وعلم ذلك من قوله عزم من اشرك بالله فليس بمحصن رواه اسحاق بن راهويه في مسنده اخبرنا عبد العزيز بن محمد نا عبد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشرك بالله فليس بمحصن قال اسحق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة من طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفعه عن اسحاق بن راهويه ويقال انه رجع عن ذلك والصواب انه موقوف قال في الغاية ولفظ اسحاق كما تراه ليس فيه رجوع وانما ذكر عن الراوي انه مرة رفعه مرة اخرجه مخرج الفتوى ولم يرفعه ولا شك ان مثله بعد صحة الطريق اليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من انه اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع ولعد ذلك اذا خرج من طريق فيها ضعف لا يضر واما قوله عزم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد فالله اعلم بصحته ومعناه رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي بكر بن ابي مريم عن علي بن ابي طلحة عن كعب بن مالك انه اراد ان يتزوج يهودية فقال له عمر لا تتزوجها فانها لا تحصنك وضعف ابن ابي مريم وعلي بن ابي طلحة لم يدرك كعبا لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علي بن ابي طلحة عن كعب وهو منقطع وانت تعلم ان الانقطاع عندنا داخل في الارسال لبعد عدالة الرواة وبقية قد منا الكلام فيه اول هذا الشرح والله اعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الاول فيحتج به لا معنى لفصل المصنف بين الحديث والحديث الاول بالفروع التي ذكرها وبها ما في عرض واحد وهو الاحتجاج عن ابي يوسف ومن معه على كان الوجه جمعهما ثم يقول هذا ما ذكرنا واعلم ان الاسهل مما ادعى ان يقال حين رجما بان كان الرجم ثبتت مشروعيته في الاسلام وهو الظاهر من قوله عزم ما تجدون في التوراة في شان الرجم ثم الظاهر كون اشتراط الاسلام لم يكن ثابتا والا لم يرجمهم لانتساخ شريعتهم وانما يحكم بما انزل الله اليه وانما سألهم عن الرجم في التوراة ليبكتهم بتركهم ما انزل عليهم فحكم

والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحد هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها وفي المنكوحة المملوكة جذر اعن رق الولد ولا ابتلاء مع الاختلاف في الدين وابو يوسف وافقنا في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرة الامة ولا الحرة العبد **قال** ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصى فاذا زجره لا يحصل بعد هلاكه **قال** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رحمه يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة ونغريب عام

برجمها بشرعهم الموافق لشرعهم واذا لزم كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الاسلام وليس تاريخ يعرف به فقدم اشتراط الاسلام على عدم اشتراطه او تاخره فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول مقدم على الفعل وفيه وجه آخر وهو ان تقديم هذا الفعل يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط في ايجاب الحد والاول في الحدود ترجيح الدافع عن التعارض ولا يخفى ان كل مرجح فهو محكوم بتاخره اجتهادا ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين **قوله** والمعتبر في الدخول المحقق للاحصان الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وهو بغيبوبة الحشفة فقط انزل او لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه **قوله** ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وهو قول مالك والشافعي ورواية عن احمد ويجمع في رواية اخرى عنه واهل الظاهر كذلك للجمهور انه عليه السلام لم يجمع وبذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف تظافرت الطرق عنه عليه السلام انه بعد سؤاله عن الاحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها وقال في باقي الحديث فاعترفت فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا في الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على الامر برجمها وتكرر ولم يزد احد على ذلك فقطعنا بانه لم يكن غير الرجم فقوله عليه السلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم او رمي بالحجارة يجب قطعا كونه منسوخا قال ولان الجلد يعرى عن المقصود وهو الانزجار او قصد الانزجار لان القتل اذا كان لاجله كان الجلد خاليا عن الفائدة الدنيوية التي لاجلها شرع الحد والنسخ قد تحقق في حق الزنا فانه كان اولا الاذى باللسان على ما امر به تبعا من قوله واللذان يأتيانها منكم فاذوهما ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور لقوله عليه السلام قد جعل الله لهن سبيلا والا لقال خذوا عن الله ولا يخفى ان ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بانه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه فان لم يعلم خصوص الناسخ واما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فانما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها او هو رأى لا يقاوم اجماع الصحابة ولما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم **قوله** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما وكذا احمد والنور والاوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد اقوال يغرب سنة لا يغرب اصلا واما تغريب المرأة فمع محرم واجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول وهو امتنع ففي قول يجبره الامام وفي قول لا ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله خذوا عني الحديث **قوله** لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام اخرجه مسلم وابو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه عليه السلام خذوا عني الحديث وتقدم لان فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف لانه هو الداعية الى ذلك ولذا قيل لامرأة من العرب ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد المسارة من ساوده اذا ساره ولنا قوله تع الزانية والزاني فاجلدوا شارعا في بيان حكم الزنا ما هو فكان المذكور تمام حكمه والا كان تجهيلا اذ الفهم انه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان البعد من ترك البيان لانه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء الشرط فيفيد ان الواقع هذا فقط

لان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف وكنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء أو الى كونه كل المذكور وكلاهما في التقريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة تشديد فيه قطع مواد البقاء فربما تحذر زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة موجبة لقول علي رض كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رض

فلو ثبت معه شيء آخر كان مثبتا لما سكت عنه الكتاب وهو الزيادة المصنوعة واما ما يفيده وكلام بعضهم من ان الزنا بجزء الواحد اثبات ما لم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع والا لبطلت اكثر السنن وانها ليست نسخا وتسميتها نسخا بمجرد اصطلاح ولذا زيد في عدة المتوفى عنها زوجها الاحداد على المأمورية في القرآن وهو التربص فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك انه ليس المراد من الزيادة اثبات ما لم يثبته القرآن ولم ينفه لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تقييد مطلقه على ما عرف ممن ان الاطلاق مما يراد وقد دل عليه باللفظ المطلق وبالملفظ يفاد المعنى فافاد ان الاطلاق يراد به التقييد ينتفي حكمه عن بعض ما اثبته فيه اللفظ المطلق ثم لا شك ان هذا نسخ وبجزء الواحد لا يجوز لنسخ الكتاب فظن المعترض ان الاحداد زيادة غلط لانه ليس لتقييد التربص والا لوتر بصت ولم تحدمن يربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العهدة وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة لانها اثبت الحديث واجبا لانه قيد قيد مطلق الكتاب نعم ورد عليه ان هذا الخبر مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ادعاء نسخ هذا الخبر مستدلا له بنسخ شطره الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر وانت تعلم ان هذا ليس بلازم بل يجوز بان يروى حمل بعضها نسخ وبعضها لا ولو سلك الطريق الاول وادعى انه آحاد ولا مشهور وتلقي الامة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به ممنوع لظهور الخلاف وان كان اجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من اخبار الآحاد كذلك فلم يخرج بذلك عن كونها آحادا وقد خطي من ظنه ليصير قطعيا وادعى فيما رواه البخاري ذلك وغلط على ما يعرف في موضعه واذا كان آحادا وقد تطرق اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك انه ينزل عن الآحاد التي لم يتطرق اليها فاحرى ان ينسخ بما افاده الكتاب من ان جميع الموجب للجلد فانه يعارضه فيه لان الكتاب ساكت عن نفي التعذيب فكيف وليس فيه ما يدل على ان الواجب من التعذيب الجلد فان اقصى ما فيه دلالة قوله البكر بالبكر جلد مائة وتعذيب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل ما في البخاري من قول ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام واقامة الحد ظاهر في ان النفي ليس في الحد لعطفه عليه وكونه استعمل الحد في جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وما ذكر من الالفاظ لا يفيد وجاز كونه تعذيبا للمصلحة وانما مالك رح فرأى ان الحديث ما دل الا على الرجل بقوله البكر بالبكر فلم تدخل المرأة ولا شك انه كغيره من المواضع التي تثبت الاحكام في النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال بتنقيح المناط وايضا فان نفس الحديث يجب ان يشتملهن فانه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على ان النفي والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى الا ترى الى قوله البكر تستأذن ثم عارض ما ذكر الشافعي من المعنى بان في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعن تستحي منهم ان كان لها شهوة قوية فتفعله وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها الى ما يقوم بأودها ولا شك ان هذا المعنى في افضائه الى الفساد ارجح مما ذكره من افضائه قاية المعارف الى عدم الفساد خصوصا في مثل هذا الزمان لمن يشاهد احوال النساء والرجال فيترجح عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله بن مسعود رض في البكر يزني بالبكر يجلد ان مائة وينفيه سنة قال وقال علي ابن ابي طالب رض حسبهما من الفتنة ان ينفيا وروى محمد بن الحسن اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة وروى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال جلد عمر رض ربيعة بن امية بن خلف في الشراب

واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك وهذا لان القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد لم يجلد حتى تتعالى من نفاسها اى تنقطع وتبرأ به تخرج عنه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رحمه الله يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الجلد يحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله اعلم

الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا اغرب بعده مسلما نعم لو غلب على ظن الامام مصلحة في التغريب تعزيرا لان يفعله وهو محل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وللصحابة من ابي بكر وعمر وعثمان وفي الترمذي ثنا كريب ويحيى بن اكثم قالا ثنا عبد الله بن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وان عمر رضي الله عنه ضرب وغرب الا انه قال حديث غريب بهذا رواه غير واحد عن عبد الله بن ادريس عن عبيد الله فرفعوه ورواه بعضهم عن ادريس عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر رضي الله عنه ضرب وغرب الحديث وبهذا روى في رواية ابن ادريس عن عبيد الله بن عمر ومن رواية محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى وقال الدارقطني بعد ان ذكر رواية ابن نمير وابي سعيد الاشج عن ابن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم هي الصواب لكن رواه النسائي ثنا محمد بن العلاء ثنا عبد الله بن ادريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسال عنه لشقته وشهرته وقال ايضا عندي ان الحديث صحيح ولا يمتنع ان يكون عند ابن ادريس فيه عن عبيد الله جميع ما ذكر والحاصل ان في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا بين الحفاظ واما عن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما فلا اختلاف فيه وقد اخرج ذلك عنهما ايضا في الموطا واما رواية عن عثمان ففي مصنف ابن ابي شيبة ثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار عن مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم ارسل بها الى مولى ليقتل له المهري الى خيبر فاتاه النعي فهذا النعي المروي عمن ذكرنا كما غرب عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب انه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة هل من سبيل الى خمر فاشتريها ام من سبيل الى نصر بن حجاج الى فتيا ماجد الاعراق مقبل سهل المحيا كريم غير بلجاج وذلك لا يوجب نفيا وعلى هذا كثير من مشائخ السلوك المحققين رضي الله عنهم وحشرنا معهم يغربون المريد اذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد او من هو قريب منه هو الذي ينبغي ان يقع عليه راي القاضي في التغريب لان بشاشته في ندم وشدة وانما زال زلة لغلبة النفس اما من لم يستحي وله حال عندهم عليه لغلبة النفس فنفيه لاشك انه يوسع طرق الفساد وليسهلها عليه قوله واذا زنى المريض وحده الرجم بان كان محصنا حد لان المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة اقرب اليه وان كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ لان جلده في هذه الحالة قد يودي الى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل او كان هذا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الايمان انه لا بد من وصول كل شمراخ الى بدنه وكذا قيل لا بد ان يكون مبسوطة ولخوف التلف لاقامة الحد في البرد الشديد والحر الشديد يؤخر الى اعتدال الزمان وهذا في البرد عند من يرى تجديد الحد وظاهر لانه قد يمرض اما الحر فلا نعم لو كان ضرب الحد سببا جائحا ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تاخيره للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فانه جرح عظيم يخاف منه السراية لسبب شدة الفصلين قوله واذا زنت الحامل لا تحد حتى تضع حملها وجلد كيلا يودي الى هلاك الولد لانه نفس محترمة لانه مسلم لا جريمة منه فلو ولدت او كانت نفساء فحتى تبعا لامن نفاسها في الجلد ولو طالت في التاخير وتقول لم اضع بعد او شهد على المرأة بالزنا فقالت انا حبلى ترى النساء ولا يقبل قولها فان قلن هي حامل اجلها حولين فان لم تلد رجمها ثم الجبلى تحبس ان ثبت زناها بالبينة

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطي الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك

الى ان تلد وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن ابي حنيفة اذا ولدت لا تحد حتى تفطم الولد اذا لم يكن له من يربيه وتقدم في حديث الغامدية انه ردها حتى تستغني فرجعت ثم جاءت وفي يده كسرة وقالت ها قد فطمته وفي حديث آخر قال لها حتى تضعي ما في بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها ونرع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقال رجل من الانصار الي رضاعه قال فرجمها وهذا يقتضي انه رجمها حين وضعت بخلاف الاول والطريقان في مسلم وهذا اصح طريقا لان في الاول لبشير بن المهاجر وفيه مقال وقد يحتمل ان يكون امرأتين ووقع في الحديث الاول نسبتها الى الازد وفي حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة وفيه رجمها بعد ان وضعت

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود وكان الحد هو المقصود الاصلي فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم اراد تقديم حد الزنا فقدمه واعطى احكامه لانها هي المقصود وذلك بثبوت سببه وحاصل احكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية اقامته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب الذي هو الزنا بالنسبة الى مقصود الكتاب ثابتا وان كان بالنسبة الى التحقق في الوجود اولا فاخر المصادر تعريفه الى ان فرغ من المقاصد الاصلية وذكر ان الزنا في عرف اهل اللغة والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيدا وعرفه على هذا التقدير بانه وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك وهذا لان في اللغة معنى الملك امر ثابت قبل مجيء هذا الشرع وان كان هو في نفسه امرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة وان الناس لا يتركوا سدى في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك امرا مشروعا من لدن بعث آدم او من قبل بعثة نوح يخصه او يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية او غيرها مخصوصة بالديني فان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الديني والوضع لمعنى معقول تحبل تحققه ولا شك في انه تعريف الزنا في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو اعم والموجب للحد منه بعض انواعه ولذا قال عم العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطي رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على ان فعله زنا فان كان لا يحد به فلو لا قول المصنف الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع الخ لصح تعريفه ولم يزد عليه شيئا لكنه لما كان ذلك كان ظاهرا في قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وح يرد على طرده وطي الصبية التي لا تشتهى ووطي المجنون والمكره بخلاف الصبي فان الجنس وطي الرجل فالاولى في تعريفه انه وطي مكلف طائع مشتهاة حالا او مآلا في القبل بلا شبهة ملك في دار الاسلام فخرج زنا الصبي والمجنون والمكره والصبية التي لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطي العجوز ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فانه زنا فلا يصدق عليه جنس التعريف وما اجيب به من ان زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ان كان معناه ان لها زنا حقيقة وان ذلك التمكين هو مسمى زناها لغة وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك في انه لا يشتمله الجنس الذي هو وطي المكلف لانه ليس هو عين تمكين المرأة فتغاير الحد بحاله وكون فعلها تبعا لفعله انما هو في الوجود الخارجي والكلام في تناول اللفظ وان اريد انها لا تسمى زانية حقيقة اصلا وان تسميتها في قوله تعالى الزانية والزاني بطريق المجاز ولا حاجة الى انه تبع بل لا يجوز ادخاله في التعريف وعلى هذا كلام السرخسي والمصنف وغيرهما في مسئلة ما اذا اكتفت البالغة

لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرأوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية

العاقلة المسلمة مجنونا او صبيا على قول ابي حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سيأتي وبما ذكرنا يظهر فساد ما اجاب بعضهم بان فعل الوطء امر مشترك بينهما واذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هذه واطئة ولذا سماها سبحانه زانية واعجب من هذا الجواب انه قال في الايراد المذكور على التعريف مغالطة والقطع بان وطيه ليس يصدق على تمكينها بهو لهو فاذا جعل الجنس وطيا الرجل كيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئي الخارج اذا وجد من الرجل في الخارج يستدعي فعلا آخر منها اذا كانت طائعة لا يقتضي ان اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق فالحق انها ان كانت زانية حقيقة واريد شمول التعريف لزناهما فلا بد من زيادة قوله او تمكينها بل يجب ان يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال الكلف الطائع قدر حشفة قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهة او تمكينه من ذلك او تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقدرت على ذكره فتركها حتى ادخلته فانهما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين وقوله لانه فعل الى آخره تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته في الزنا اي انما شرط ذلك لان الزنا محظور فلا بد في تحقيقه من ذلك وقوله ليؤيد الحديث اي ليؤيد الامرين معا وذلك انه لما افاد عدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة افاد عدمها ودرء الحد عنه حقيقة الملك كما في الجارية المشتركة بطريق اولى فهو بدلالته ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا وذكر انه في الخلافيات للبيهقي عن علي رضه وهو في مسند ابي حنيفة رح عن مقسم عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرءوا الحدود بالشبهات واسند ابن ابي شيبة عن ابراهيم هو النخعي قال عمر بن الخطاب رض لان اعطل الحدود بالشبهات احب الي من ان اقيمها بالشبهات واخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رض قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرءه ونقل عن خرم عن اصحابهم الظاهرية ان الحد بعد ثبوته لا يحل ان يدرء بشبهة وشنع بان الآثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها واعل ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن ابي شيبة فانها معلولة باسحاق بن ابي فروة فما التمسك بما في الخلاصة من قوله عرم ومن اجترى على ما يشك فيه من الاثم او شك ان يواقع ما استبان والمعاصي حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه فانما معناه ان من جعل حرمة شيء وحله فالورع ان يمسك عنه ومن جعل وجوب امور وعدمه فلا يوجبه ومن جعل او جب الحد الا لم يجب ان يقيمه ونحن نقول ان الارسال لا يقدح وان الموقوف في هذا حكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف المعقول بل مقتضاه ان بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع وايضا في اجماع فقهاء الامصار على ان الحدود تدرء بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وايضا تلقته الامة بالقبول وقد تتبع المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع في المسألة فقد علمنا انه عرم قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه ان يقول لعم بعد اقراره بالزنا وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قال لها تركه والا فلا فائدة ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذي جيء به اليه اسرقت ما اخاله سرق وللغامدية وذلك وكذا قال على رض للشراحة على ما اسلفناه لعله وقع عليك وانت نائمة لعله استكرهت لعل مولاك زوجك وانت تكتمينه وتتبع مثله من كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك ومعلوم ان هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار به الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الآثار

فدخلها

فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن لتحقق الاشتباه والثانية تتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وانما يسقط الحد لاجل راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه فلم يتحقق في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابنه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها مولاها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية الموهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والمرهونة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والموهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام

ومن قوله ادرؤا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا به ثبوته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكا في الاصل فلا يلتفت الى قائله ولا يعول عليه فانما يقع الاختلاف احيانا في بعض هي شبهة صالحة لمالك رحمه الله وابن القصار اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وللفقهاء في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات فالشافعية الشبهة ثلاثة اقسام في المحل والفاعل والجهة اما الشبهة في المحل فوطي زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وامته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطي امته المحرمة عليه برضاع او نسب او صهرية كاخته او بنته منهما او امه من الرضاع وموطوءة ابيه او ابنه يجب الحد على الاظهر واما الشبهة في الفاعل فمثل ان يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا انها امرأته فلا حد واذا ادعى انه ظن ذلك صدق بيمينه واما الشبهة في الجهة فقال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء واباح الوطء بها لا حد فيها وان كان الواطي يعتقد التحريم كالوطي في النكاح بلا ولي وبلا شهود واصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة اي شبهة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك اي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل قوله فالاولى يتحقق في حق من اشتبه عليه اي من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل في السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن ان جارية زوجته تحل له لظنه انه استخدامها واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة اصلا لعرض ان لا دليل اصلا لتثبت الشبهة في نفس الامر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة اصلا والثانية وهي الشبهة الحكمية يتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته لقوله عم انت ومالك لابيك سواء ظن الحل او علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قائمة في نفس الامر علمها احد او لم يعلمها قوله والحد يسقط بكل منهما لاطلاق الحديث يعني قوله ادرؤا الحدود بالشبهات قوله والنسب يثبت في الثانية اي في شبهة المحل اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا لعرض ان لا شبهة ملك الا ان الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو امر راجع اليه اي الى الواطي لا الى المحل وكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطي ولذا لا يثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا قيل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلث يثبت النسب منها لانه وطي في شبهة العقد ويكفي ذلك لاثبات النسب وفي الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي ان يكون كالمطلقة ثلثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوتة عن ثلث او خلع ليس باعتبار وطي في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكروا ان النسب ولدا يثبت الى اقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعني لانه اذا كان لاقل من سنتين امكن اعتبار العلوق وقبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمامها وانت علمت في باب ثبوت النسب انها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبه اذا لم يدعه اما اذا ادعاه فلانه قد نص على انه يثبت ويحمل على وطي في العدة بشبهة والكلام هنا مطلق في عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلا بد من الجمع بحمل احد النصين على ما هو الاولى في النظر وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه كجارية ابنه وامه ونحوهما فانه لا شبهة عقد فيها فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ان يطأ جارية ابنه وكذا جده وجدته وان عليا او زوجته او المطلقة ثلثا في العدة بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فهي من الحكمية او ام ولد التي اعتقها وهي في عدته والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة في كتاب الحدود وهذا الاصح والمستعير للرهن في هذه بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها حرام على وجب الحد ولو ادعى احدهما النظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقر جميعا بعلمهما بالحرمة لان الشبهة

ثم الشبهة عند ابي حنيفة رح تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعندهما لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفت هذا فمن طلق امرأته ثلاثا وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء المحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف

اذا ثبت في الفعل من احد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة اذا وطيها البائع قبل تسليمها الى المشتري والمجعولة مهرا اذا وطيها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيها لم يستقر للزوج والمشتري والمالك كان مسلطا على وطيها بتلك اليد مع الملك وملك اليد ثابت والملك الزائل متنزل ذا والمشتركة بين الواطئ وغيره والمرهونة اذا وطيها المرتهن في رواية كتاب الرهن وعلمت انها ليست بالمختارة ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام لان المانع هو الشبهة وهي هنا قائم في نفس المحكم اي الحرمة القائمة بها ففيها شبهة انها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحد على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك ونحوه والاعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها وفي الايضاح في المرهونة اذا قال ظننت انها تحل لي ذكر في كتاب الرهن ان لا يحد وفي كتاب الحدود يحد ولا يعتبر ظنه لانه استيفاء من عينها بل من معناها فلم يكن الوطي حاصلا في محل الاستيفاء فلا شبهة فعل وصار كالغريم اذا وطي جارية الميت ووجه عامة الروايات انه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفيا وما لكا بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود ان عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهي كالمستأجرة اجرة للخدمة ومقتضاه ان يجب الحد وان اشتبه الا ان ملك الغير في الجملة بسبب لملك المتعة وان لم يكن في الرهن سببا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية بخلاف المرهونة لا يفيد الملك مع ملكها فلا يتصور كونه سببا للانتفاع بها فكان كملك المنفعة هذا وقد دخل في سبب الملك صور مثل وطء جارية عبده الماذون المديون ومكاتبه ووطي البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري وينبغي ان يزاد جارية التي هي اخته من الرضاع وجارية قبل الاستبراء والاستبراء يفيد ذلك غير ذلك ايضا كالزوجة التي حرمت بردتها او مطاوعتها لابنه او جامعها ابوها جامعها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن ان يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على السنة لا فائدة فيها قوله ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعندهما لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه وينظهر ذلك في نكاح المحارم فصارت الشبهة على قول ابي حنيفة تثبت بشبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها في المحيط وذكر في شبهة العقد ان لو طارحها تزوجها بغير شهود او بغير اذن مولاها وهي امته او وطي العبد من تزوجها بغير اذن مولاها قال ولو تزوج امة على حرة او مجوسية او خمسا في عقد او جمع بين اختين بوطي وقال علمت انها حرام لاحد عليه عند ابي حنيفة وعندهما يجب الحد قوله وقد نطق الكتاب لانتفاء المحل فان قال فان طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه اي في المحل وهم الامامية والزيدية القائلون بان الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها لانه خلاف بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر لاختلاف كائن بين الامة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا قد مناه في اول كتاب الطلاق من ان اجماع الصحابة تقرر في زمن عمر رض على ذلك وان الاحاديث الواردة في انها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر ما يعلم فيما سلفناه

ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رض فيه فمن مذهب عمر رض انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف من ذلك ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الجد ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه

وصح عن علي رض وقوع الثلاث خلاف ما نقلوه عنه ثم لا يخفى ان ترتيب المصنف بالفاء قوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء المحل في الكتاب ما اذا وقع الثلاث لشبهة بعد شبهتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم في الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص قوله ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم لقيام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها وكذا يحرم عند نكاح اختها واربع سواها ويمتنع شهادة كل منهما لصاحبه فامكن ان يقيس حل الوطي على بعض هذه الاحكام فيحجل الاشتباه عليه عذرا في سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطئ امرأة اجنبية وقال ظننت انها تحل لي جارية اجنبية على ما يأتي لانه في غير موضعه قوله وام الولد اذا اعتقها مولاها وهي في العدة والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلثا لثبوت الحرمة بالاجماع يريد حرمة ان يطأها في العدة بخلاف الرجعة فانه لا اجماع في حرمته وبخلاف ما اذا طلقها بالكناية كان قال انت خلية او امرك بيدك فاختارت نفسها ونحوه ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لا يحد لاختلاف الصحابة بالكناية فمن مذهب عمر رض انها اي الكنايات رجعية وكذا عن ابن مسعود وفي مصنف عبد الرزاق ثنا الثوري عن منصور شنى ابراهيم عن علقمة والاسود ان ابن مسعود رض جاء اليه رجل فقال كان بيني وبين امرأتي كلام فقالت لو كان الذي بيدك من امري بيدي لعلمت كيف اصنع قال فقلت لها قد جعلت امرك بيدك فقالت انا طالق ثلثا قال ابن مسعود رض اراها واحدة فانت احق بالرجعة وسألت امير المؤمنين عمر رض فقال ما ذا قلت قال قلت اراها واحدة وهو احق بها قال فانا اري ذلك وزاد من طريق آخر ولو رأيت غير ذلك لم نصب واخرج ابن ابي شيبة عنها في مصنفه انها قالا في البرية والخلية وهي مطلقة واحدة وهو املك برجعتها فاخرج محمد بن الحسن في الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي ان عمر بن الخطاب رض وعبد الله بن مسعود رض كانا يقولان في المرأة اذا خيرها زوجها فاختارته فهي امرأته وان اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها املك بها ومن مذهب علي في خلية وبرية انها ثلث على ما اخرجه عنه ابن ابي شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم فيها انها واحدة او ثلث والله اعلم وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان انتفاء فهم فيه انما هو في كونه فسخا او طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فان لم يقل احد ان المختلعة على مال تقع فوقها طلاقا رجعيا وكذا الموتوى ثلثا بالكناية فوقهن فيطيها في العدة عن الطلاق الثلث وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف ان تحققها لقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره ابو حنيفة حتى لم يتحقق النجاسة به فوجه ان قول المخالف عن دليل قائم البتة وان كان غير معمول به كما ان قوله عم انت ومالك لابيك غير معمول به في اثبات حقيقة ملك الاب لمال ابنه نفسه وهذه المسئلة تغني فيقال مطلقة ثلث وطيت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد وهي ما وقع الثلاث عليها بالكناية قوله ولا حد على من وطئ جارية ولده وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابيه حال قيام ابنه وقد تقدم المسئلة في باب النكاح الرقيق ثم في الاستيلاد وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجة عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر ان رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وابي يريد ان يجتاج مالي قال انت ومالك لابيك واخرج الطبراني في الاصغر والبيهقي في دلائل النبوة عن جابر جاء رجل اليه عم فقال يا رسول الله ان ابنه يريد ان ياخذ ماله فقال عم ادعه اليه فلما جاء قال عم ان ابنك يزعم

واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع محتمل فكانت شبهة اشتباه والا انه زنا حقيقة فلا يجد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفعل لم يدرء في الظاهر لان الفعل واحد

انك تاخذ ماله فقال سله هل هو الا عمامة او قرابة او انا انفقه على نفسي وعيالي قال فنبط جبريل عرم فقال يا رسول الله ان الشيخ قال في نفسه شعرا لم تسمعه اذناه قال عرم قلت في نفسك شعرا لم تسمعه اذناك فهاته فقال لا تزال يزيدنا الله بك بصيرة ويقينا ثم انشأ يقول ٥ غدوتك مولودا ومنتك يافعا ٭ تعل بما اجني عليك وتنهل ٭ اذا ليلة ضافتك بالسقم لم اتب ليسقمك الا ساهرا اتململ ٭ تخاف الردى نفسي عليك واتها ٭ لتعلم ان الموت حتم موكل ٭ كاني انا المطروق دونك بالذي طرقت به دوني فعيناي تهمل ٭ فلما بلغت السن والغاية التي اليك مرامافيك كنت اومل ٭ جعلت جزائي غلظة وفظاظة ٭ كانك انت المنعم المتفضل ٭ فليتك اذ لم ترع حق ابوتي فعلت كما الجار المجاور يفعل ٭ قال فبكى صلعم ثم اخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب انت ومالك لا بيك وروى حديث جابر الاول من طرق كثيرة وقول المصنف بعد هذا ويثبت النسب يقتضي باطلاقه ان يثبت نسب ولد الجارية من وطئ والد سيده وجده وان كان ولده الذي هو سيد الامة حيا فانه قال في وضع المسئلة لا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده ثم قال ويثبت النسب اي من واطئ جارية ولده وولد ولده لكنه انما اراد من واطئ جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حيوة الاب وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابي الليث وح اذا زنى بجارية ابنه فلا حد والاب في الاجابر وقال ظننت انها علي حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلظة وانه سقط عليه لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم شبهته ونفس ابي الليث صرح في شرح الجامع الصغير انه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به في الكافي وفي المبسوط ان من وطئ جارية ولده ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم يثبت دعوة الجد اذ كذبه وكذا الولد لان صحة الاستيلاد تبتني على ولاية نقل الجارية الى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حيوة الاب ولكن ان اقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم انه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شئ على الجد من قيمة الامة لانها لم تملكها وعليه العقر لان الوطئ ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة اشهر لانا علمنا ان العلوق كان في حيوة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته لستة اشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الابن او كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب في الولاية فله ان ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد

قوله واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت حلها لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وزفر يحده لقيام الوطئ الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتاويله الفاسد كما لو وطئ جارية اخته او عمته على ظن الحل وكذا اذا وطئ جارية مولاه فقال ظننت حلها لي لا يحد وان قال علمت حرمتها حد لان بين هؤلاء اي بين الانسان وبين ابيه وامه وزوجته والعبد وامة سيده انبساطا في الانتفاع فظن ان معه الاستمتاع بخلاف ما بين الانسان واخيه وعمه على ما ياتي فكان شبهة اشتباه الا انه زنى حقيقة فلا يحد قاذفهم وقوله وكذا الجارية اي اذا قالت الجارية ظننت ان عبد مولاي او ابن مولاي او مولاي يحل لموزوج سيدتي وكذا في الاخريين والفعل لم يدرء ذلك لا يحد في ظاهر الرواية لان الفعل واحد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يحد الفحل لان الشبهة انما تمكنت في التبع وهي المراة لانها تابعة للزنا فلا تكون متمكنة

وان وطئ جارية امرأته وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بين الزوجين وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما مر ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر لقضي بذلك على رضي الله عنه ولان العقد معلوم ولا عبرة بخطر الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يتهم بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور وكالذي في رواية عن ابي يوسف رحمه الله كان ذلك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالمس وغيره الا اذا كان دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل

في الاصل نجامت ثبوتها في جانب العبد اذا قال ظننت علما لان الثبوت في الاصل يستتبع التبع واجيب بان الفعل لما كانت داعية الشبهة كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه واورد عليه ما ذكر في البالغ بصبية يحد هو دونها واجيب بان سقوط الحد عن الصبية لانتفاء الشبهة في الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحد عليه وانما تعذر ايجابه عليها لانها ليست اهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت في الفعل لفت الحد عن فيه اذا استند الحد كان على العقر لزوجة وغيرها ولا يثبت نسب ولد بالوجارت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده **قوله** فان وطئ جارية ابيه او عمه ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ومعنى هذا انه علم ان الزنى حرام كسنة ظن ان وطيه بنده ليس زنى محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد ان يعلم ان الزنا حرام وانما يتقيد مسئلة الحربي اذا دخل دار الاسلام فاسلم فزنى وقال ظننت انه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله اول يوم دخل الدار لان الزنا حرام في جميع الاديان والملل لا يختلف في هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم اصلي انه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو اراد ان المعنى ان شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى او غير صحيح لان الشرع لما اوجب على الامام ان يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزنا ان يحد نفسه ولا ان يقر بالزنا بل الواجب عليه في نفس الامر بينه وبين الله تع التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام هذا واورد انه لو سرق من بيت اخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر ان بينهما انبساطا اجيب بان القطع منوط بالاخذ من الحرز ودخوله في بيت بمولاه بلا خشية واستئذان عادة ينفي معنى الحرز فانتفى القطع اما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهة وهو ثابت هنا **قوله** ومن زفت اي بعثت اليه غير امرأته وقال النساء هي زوجتك فوطيها لا حد عليه وعليه المهر وبنده اجماعية لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عنه طائفة من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطي ولا يثبت من الوطي عن شبهة الاشتباه ونسب فالاوجه انها شبهة دليل فان قول النساء هي زوجتك دليل شرعي صحيح للوطي فان قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطي الامة اذا جاءت الى رجل وقالت مولاي ارسلني اليك بهديه فان كان دليلا غير صحيح في الواقع اوجب الشبهة التي يثبت معها النسب على المرفوعة العدة **قوله**

ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف فان احصانه لا يسقط عنده بهذا الوطي لانه وطيها على انه نكاح صحيح معتقد دليلا ولذا يثبت النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطيا حلالا ظاهرا واجيب بانه لما تبين خلاف الظاهر لقي الظاهر معتبرا في ايراث الشبهة دارئة سقط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل انه لو اعتبر شبهة اشتباه اشكل عليه ثبوت النسب واطلقوا ان فيها لا تثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى انه لو قال علمتها حراما على لعلي لكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق انه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضياه ثبوت الملك نحو انت ومالك لابيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا حجر والفعل غير انه مستثنى من الحكم المرتب عليه اعني عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من احكام الشبهتين **قوله** ومن وجد امرأة على فراشه فوطيها فعليه الحد خلافا للائمة

ومن تزوج امرأة لا تحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح لكنه يوجع عقوبة اذا كان عالما بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محلا فيلغو كما اذا اضافه الى المذكورة هذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات

الثلاثة مالك والشافعي واحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا ان المسقط شبهة هنا اصلا سوى ان وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة من جيرانها الزائرات وقرابتها فلم يستند الظن اليه هذا لانه قد ينام على الى الصباح دليل حل وكان الظن المستند الى المخدمة والمودة حلا لا فوطئها فانه يحد قال وكذا اذا كان اعمى ان الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه وتمييزه يحصل بالنغمة والحركات المألوفة فيجد ايضا الا اذا ادعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل وجاز ان تشابه النغمة خصوصا ولم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت انا زوجتك لانها لو نقلته بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لانه يمكن التمييز باكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في الطمأنان المتفاوت الى انها هي قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها بان كانت من ذوي محارمه بنسب كامه او ابنته فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وان قال علمت انها علي حرام ولكن يجب المهر ويعاقب عقوبة هي اشد مما يكون من التعزير وسياسة لاحد مقدر شرعا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير وقالا والشافعي امي ابو يوسف ومحمد والشافعي مالك واحمد يجب حده اذا كان عالما وكان يجب ان يوسط الضمير المنفصل فيقول فقالا بها والشافعي لما عرف ان العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز الا ان يفصل بضمير منفصل او غيره على قول والا فشاذ ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع او مصاهرة يتفق عليه واما غير ذلك ففي الكافي لحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقة الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج امة على حرة او تزوج مجوسية او امته بلا اذن سيدها او تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا اما عنده فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما تنتفي عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التابيد وفي بعض الشروح اراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة واخت المرأة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد والامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذه لا يجب الحد عند ابي حنيفة رح وان قال علمت انها علي حرام وعندهم يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال وانما قالا فيما ليس بحرام على التابيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي الامة على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح في محل الخلاف فليتنبه لهذا وانضاف الى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحريم على التابيد لكن قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية وما معها لان الشبهة انما تنتفي عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التابيد يقتضي ان لا يحد عندهما في تزوج بمنكوحة الغير وما معها لانها ليست محرمة على التابيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما ان حرمة المجوسية مغياة بتجسمها حتى لو اسلمت حلت كما ان تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وانه لا يحد عندها الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنها انه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غيرها قال مثل ان يتزوج مجوسية او خامسة او معتدة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها

ولابي حنيفة رح ان الفعل صادف محله لان محل التصرف ما يقبل متصرفا والانثى من بنات بني آدم قابلة للتوالد وما تصور وكان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيما حد مقدر فيعزر

فدخل به اقال لا حد عليه وان فعل على علم لم يحد ايضا ويوجع عقوبة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم وان لم يعلم فلا حد عليه فهم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول ابي حنيفة ثم خص منها الفتها بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرف في الروايات وفي مسألة المحارم رواية عن جابر رضا انه تضرب عنقه ونقل عن احمد واسحاق واهل الظاهر وقصر ابن حزم قتله على ما اذا كانت امرأة ابيه قصرا للحديث الآتي على مورده ولاحد لضرب عنقه في رواية اخرى ويؤخذ ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالي ومعه راية فقلت له اين تريد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة ابيه ان اضرب عنقه واخذ ماله وبهذا الحديث رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى ابن ماجة عن ابن عباس رضا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه واجيب بان معناه انه عقد مستحلا فارتد بذلك وبهذا الان الحد ليس ضرب العنق واخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث جده معاوية الى رجل عرس بامرأة ابيه ان يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على انه لا يستحل ذلك فارتد به ويدل على ذلك انه ذكر في الحديث عرس بها وتعريسه بها لا يستلزم وطيه اياها وغير الوطي لا يحد به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردة وهذا لا يخلو من نظر فان الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطي كان قتله جائزا كونه لوطيه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة ويجاب بانه ايضا لا يتعين كونه للوطي فلا دليل فيه على احدهما بعينه وذلك يكفينا وقالوا جاز فيه احد الامرين انه للاستحلال او امر بذلك سياسة وتعزيرا وجه القائل بالحد انه وطء في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطي اهل للحد عالم بالتحريم فتجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا يوجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن شبهة كما لو كررهما وداعقبهما ثم زنى بها ومدار الخلاف ان هذا العقد يوجب شبهة ام لا فعندهم لما ذكر وعند ابي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدار كونه يوجب شبهة على انه ورد على ما هو محله او لا فعندهم لا لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لانه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر وعنده نعم لان المحلية ليست لقبول الحد بل بقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها وبتأمل يسير يظهر انهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فهم حيث نفوا محليتها اراد وا بالنسبة الى خصوص هذا العاقد اي ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا علله بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره لعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهم حيث اثبت محليتها اراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها لمقاصده فان قلت فقد اطلق الكل من الحنفية في الفقه والاصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم ففي الاصول حيث قالوا ان النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله في الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح انثى من بنات آدم ليست من المحرمات فالجواب ان المراد نفي المحلية لعقد النكاح الخاص وانت علمت ان ابا حنيفة انما اثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر الى خصوص ناكح ولا شك في ذلك بقي النظر في ان اي الاعتبارين في ثبوت المحلية اولى لكونه قابلا للمقاصد او كونه حلا لان نظرنا الى المعنى وهو ان الاصل ان يتبع المحل قيام الحاجة لتدفع به وهو المقصود ترجح قولهما والى السمع اعني محل الاجماع وهو قول الكل ان الميتة ليست محلا للبيع مع انها انما فيها عدم المحل ترجحا وقد رجح قول ابي حنيفة رح لقوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر

ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج بغير ولاية ملك ليس فيه شئ مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله ويعزر وقال في الجامع الصغير ويودع في السجن فلا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول به وروي فارجموا الاعلى والاسفل ولنا ما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه محقق حراما لقصد صيانة الماء

بما استحل من فرجها حكم بالبطلان واوجب المهر وهو مسقط للحد بالاتفاق وكونه لا يعتقد وعلى ظاهره لا يضر لانه ما دل بتأويل يلين احدهما انه آيل الى البطلان باعتراض الولي ان كان غير كفو والآخر تخصيصه بما اذا لم تكن المرأة ولاية على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فهو باطل على ظاهره وهو اقرب التأويلين لقدرة فسخ ولي الصبي بعدم كفاءة من زوجة المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر ان دخل لكن في الخلاصة قال الفقيه ابو الليث قولهما ولعل وجهه ان تحقق الشبهة يقتضي تحقق المحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة المحل لكن خلها ليس ثابتا من وجه والا وجبت العدة وثبت النسب ورفع بان من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة اقل ما يبتنى به وجود المحل من وجه وهي منتفية في المحارم وشبهة المحل ليس ثبوت المحل من وجه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه الا ترى ان ابا حنيفة رحمه الله الزم عقوبة باشد ما يكون وانما لم تثبت عقوبة هي الحد فعرف انه زنى محض عنده الا ان فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومع شبهة العقد ما اذا استاجرها يزني بها فعل لاحد عليه ويعزر وقالا هما والشافعي ومالك واحمد يحد لان عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كما لو استاجرها للطبخ ونحوه من الاعمال ثم زنى بها فانه يحد اتفاقا وله ان المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الاجارة لكنه في حكم العين فبالنظر الى الحقيقة يكون محل العقد الاجارة فاورث شبهة بخلاف الاستيجار للطبخ ونحوه لان العقد لم يضف الى المستوفى بالوطي والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر وفي الكافي لو قال اهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد وهكذا لو قال استاجرتك او حدي هذه الدراهم لا طالك والحق في هذا كله وجوب الحد اذا لم يذكر معنى يعارضه كتاب الحد الزانية والزاني فاجلدوا فالمعنى الذي يفيد ان فعل الزنا مع قوله لازني بك لا يحد معه للفظة المهر معارض له قوله من وطئ اجنبية فيما دون الفرج بان اولج في مغابن بطنها ونحوه ليس المراد ما يعم اللمس وهي المسئلة الآتية ليعزر لانه منكر محرم ليس فيه تقدير ففيه التعزير ومثله اذا اتت امرأة امرأة اخرى فانهما تعزران كذلك قوله ومن اتى امرأة اي اجنبية فيما دون الفرج في الموضع المكروه او دبرها او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت او يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان او غير محصن سياسة اما الحد المقدر شرعا فليس بحكمه وقالا هو كالزنا وهذه العبارة تفيد اعترافه بانه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلدا ان لم يكن محصنا ورجما ان احصن وذكر في الرضاع ان الخلاف في الغلام اما لو وطئ امرأة في دبرها حد بلا خلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعبده او امته او زوجته بنكاح صحيح او فاسد لا يحد اجماعا كذا في الكافي ويعلم فيه ما ذكرنا من التعزير بالقتل لمن اعتاده كان رأي الامام ذلك لكن للشافعي في عبده وامته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة في الجنة اي هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا يكون وان سمعا فقط جاز ان تكون والصحيح انها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من احد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنها وقال الشافعي في قول يقتلان ففي وجه بالسيف بكل حال ايا كانا او ثيبين وفي وجه يرجمان بكل حال وبه قال مالك واحمد وفي قول آخر وهو المصحح من مذهبه يجلدا وتعزيرا ان كان بكرا ورجما ان احصن وجه القتل ما روى ابو داود والترمذي وابن ماجة عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن ابي عمرو عن عكرمة عن حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه الفاعل والمفعول به قال الترمذي انما يعرف هذا من حديث ابن عباس عن هذا الوجه وروى محمد بن اسحاق

والدابة ليس بزنا للاختلاف في الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع بأتباع الاحجار وغير ذلك ولا معنى للزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لا يعتد به الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحل كما اندفع عنه ما بيناه

عن عمر بن ابي عمر فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم يذكر فيه القتل وروى عن عاصم بن عمر عن سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة عنه عم قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفي اسناده مقال ولا يعلم احد رواه عن سهيل بن ابي صالح غير عاصم بن عمر العمري وهو ليس بقوي في الحديث سمن قبل حفظه ولسوء السند رواه احمد في مسنده والحاكم وقال صحيح الاسناد وقال البخاري عمر بن ابي عمر وصدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائي ليس بالقوي وقال ابن معين ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عم اقتلوا الفاعل والمفعول به وقد اخرج له الجماعة واخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه وتعقبه الذهبي بان عبد الرحمن العمري ساقط واذا كان الحديث بهذا الشأن من التردد في امره لم يجز ان يقدم به على القتل مستمرا على انه حد ولو سلم حمل على قتله سياسة ولما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على وجه الكمال المجرد قصد سفح الماء بل ابلغ حرمة وتضييع الماء لان الحرمة قد تنكشف بالزنا بالقعدة وقد يتوهم الولد فيه بخلاف اللواطة فيها فيثبت حكم الزنا لا بدلالة نص حد الزنا لا بالقياس ولابي حنيفة انه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حده وذلك لان الصحابة اختلفوا في موجبه فمنهم من اوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ومنهم من نكسه من مكان مرتفع مع اتباع الحجارة فلو كان زنا في اللسان او في معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه فاختلافهم في موجبه وهم اهل اللسان اول دليل على انه ليس من يسمى لفظه الزنا لغة ولا معناه واما الاستدلال بقول القائل من كف ذات حرفين زنى ذكر لها صحبان لوطي وزنار فلعدم معرفة من نسب اليه نعم قول من قال ان اهل اللغة فرقوا بينهما حيث قال قائلهم من كف ذات حرفين زنى ذكر لها صحبان لوطي وزنار غلط وذلك انه ليس لعربي بل هو من شعر ابي نواس كان مولدا لا يثبت اللغة بكلامه في قصيدته التي اولها دع عنك لومي فان اللوم اغراء + ودواني بالتي كانت هي الداء وهي قصيدة معروفة في ديوانه مع انه ينبغي الشريعة عن امثاله تظير كتبنا ايضا لا يثبت دلالة لان المعنى المحرم في الزنا ليس اضاعة الماء من حيث هو اضاعة الماء من حيث هو اضاعة لجواز العزل بل اقضاؤه الى اضاعة الولد الذي هو اما لاك معنى فان ولد الزنا ليس له اب يربيه والام بمفردها عاجزة عنه فيثبت على سوء الاحوال ولانه قد يدعيه بعض السفهاء وان لم يثبت نسبه شرعا لكن يختص به وينفعه ويثبت من هو له فيقع التقاتل والفتنة وليس شيء من ذلك في اللواطة وكذا هو انذر وقوعا من الزنا لان دواعي الجانبين على الاستمرار بخلاف الزنا لتحقق من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لقدرة وقوع الزنا بصبية لا تشتهى اصلا اذ قل ما يكون ذلك ولا عبرة بوكدية الحرمة في ثبوت عين موجب الآخر ولذا لا يحد بشرب البول المجمع على نجاسته ويحد بشرب الخمر فيلزم من هذا ان لا يثبت الحد بطريق الدلالة الا اذا كان في المساوي من كل وجه دون الاعلى بل ذلك قد يكون له زاجرا قويا وقد لا الا ايعاد عقاب الآخرة واما تخريجا عن الصحابة فروى البيهقي في شعب الايمان من طريق ابن ابي الدنيا ثنا عبد الله بن عمر ثنا عبد العزيز بن ابي حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر ان خالد بن الوليد كتب الى ابي بكر انه وجد رجلا في بعض نواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة فجمع ابو بكر رض الصحابة فسألهم فكان من اشدهم في ذلك قولا علي رض قال هذا ذنب لم يعص به الا امة واحدة صنع الله بها ما علمتم ترى ان نحرقه بالنار فاجمع رأي الصحابة على ذلك قال ورواه الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن ابي نضرة قال سئل ابن عباس عن حد اللواطة قال ينظر اعلى بناء في القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة ورواه البيهقي ايضا من طريق

ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره لانه يعز رها بينا والذي يدل انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رح يجب لانه التزم باسلامه احكامنا ايما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا يقام الحدود في دار الحرب

ابن ابي الدنيا وكان ماخذ هذا ان قوم لوط اهلكوا بذلك حيث حملت قرابهم ونكست بهم ولا شك في اتباع الهدي بهم وهم نازلون وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يجلسان في اقتن المواضع حتى يموتا نتنا والا ستدلال بتسميتها فاحشة في قوله تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقول المصنف انه يعزر لما بينا اي من انه منكر ليس فيه شيء مقدر قوله ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه وكذا اذا زنى بميتة لانه الزجر وانما يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك وهذا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا الشطار وان اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشهوة فلا يفتقر الى الزاجر لزجر الطبع عنه قوله ولهذا لا يجب ستره في البهيمة الا انه يعزر لما بينا انه منكر ليس فيه تقدير شرعي وفيه التعزير والذي يدل انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع امتداد التحدث به كلما رؤيت فيما ذي الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهي مما لا توكل ضمن قيمتها ان كان لمالكها غيره لانها ذبحت لاجله وان كان مما توكل اكلت وضمن عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح لا توكل والمراد بالمروي اصحاب السنن الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس رض عن عرم من اتى بهيمة فاقتلوها واقتلوها قلت له ما شان البهيمة قال ما اراه قال ذلك الا انه كره ان يوكل لحمها او ينتفع بها وقد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس رض هذا هو التمسك لابي يوسف في عدم اكلها الا ان المعنى الذي عينه الاصحاب من قطع التعيير اقرب الى النفس رواه ابن ماجة عن ابراهيم بن اسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن ابي عمرو تقدم الكلام على عمرو هذا واما ابراهيم بن اسماعيل بن ابي حبيبة فقال احمد ثقة وقال النجاري منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف ابو داود هذا الحديث بطريق آخر وهو انه روي عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس موقوفا عليه ليس على الذي يأتي البهيمة حد وهو الذي روي عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتلها وما وليه المذكور آنفا ومحال ان يروى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم القتل ثم يخالفه وكذا اخرجه الترمذي والنسائي وقال الترمذي هذا اصح من الاول ولفظ من اتى بهيمة فلا شيء عليه واخرج الحاكم حديث عمرو بن ابي عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد قوله ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا فاقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رح يجب لانه التزم باسلامه احكام الاسلام ايما كان مقامه قلنا سلمنا انه ملتزم للاحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه احكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه اذا وجب عليه الحد عند القاضي فيقضي باقامته عليه وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع فالوجه ان يقال وجب على الامام الاقامة على الزاني مطلقا ايما كان زناه وقع فنقول امتنع بالنص وهو قوله عرم لا تقام الحدود في دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه حال كونه في دار الحرب ولا وجوب لا عرى عن الفائدة لان المقصود الاستيفار ليحصل الزجر والغرض ان لا قدرة عليه واذا خرج والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب على وجوده فلم ينقلب موجبا له حال عدمه واما الحديث المذكور وهو قوله عرم لا يقام الحدود في دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من زنى او سرق

وكان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيجري الوجوب عن الفائت ولا يقام بعد ما خرج لانها تتعقب موجبة ظلا فتنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة

في دار الحرب واصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله اعلم به وعن الشافعي قال قال ابو يوسف شنا بعض اشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا يقام الحدود في دار الحرب مخافة ان يلحق الهلها بالعدو قال وحدثنا بعض اصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير عن عمر بن الخطاب رضه كتب الى عمير بن سعد الانصاري والي حمص ان لا يقيموا الحدود على احد من المسلمين في ارض الحرب حتى يخرجوا الى ارض المصالحة قال الشافعي ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وانت تعلم ان هذا نوع القطاع ومعتقد ابي يوسف انه داخل في الارسال وان حذف الشيخ لا يكون من العدل المجتهد الا للعلم بثبتته ولا يضر على مبنى المرسل شيء من ذلك بعد كون المرسل من ائمة الشان والعدالة وهذا الاخير رواه ابن شيبة في مصنفه شنا ابن المبارك عن ابي بكر بن ابي مريم عن حكيم بن عمير وزاد ليلا تحملهم حمية الشيطان ان يلحق بالكفار انتهى اثر آخر رواه ابن شيبة ايضا شنا ابن المبارك عن ابي بكرة بن عبد الله بن ابي مريم عن حميد بن ابي عنبسة بن رومان ان ابا الدرداء نهى ان يقام على احد حد في ارض العدو واخرج ابو داود والترمذي والنسائي عن بشر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدي في السفر انتهى ولفظ الترمذي في الغزو قال الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند بعض اهل العلم منهم الاوزاعي يرون ان لا يقام الحد في الغزو بحضرة العدو مخافة ان يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الاسلام اقام عليه الحد واعلم ان مع الاوزاعي احمد واسحاق فذهبهم تاخير الحد الى المقول وبشر بن ارطاة ويقال ابن ابي ارطاة اختلف في صحبته قال البيهقي في المعرفة اهل المدينة ينكرون سماع بشر من النبي صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول لبشر بن ارطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال اهل الحرة انتهى فلو انه سمعه منه عرم لا تقبل رواية من رضي ما وقع عام الحرة وكان من اعوانها والحق ان هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب العمل معللة بمخافة لحاق من اقيم عليه باهل الحرب وانه يقام اذا خرج وكونه يقيمه اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتى يخرجوا الى ارض المصالحة انه ح يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل انه اذا صار الى ارض المصالحة ح يقيم عليه حد الزنا اذا زنى قلنا اظهر احتمالين الاول ولو سلم احتمالها على السواء فلا يترجح الثاني دعلى اعتبار الاحتمال الاول هو خلاف المذهب مع انها معارضة بما اخرجه ابو داود في المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اقيموا حدود الله في السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناه باسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الاصل وايضا معارض لاطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فان اجيب بانه عام خص منه موضع الشبهة فهو مدفوع بان الزنا نفسه ماخوذ فيه عدمها فانه الوطي في غير ملك وشبهة فترتيبه سبحانه ايجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه الاخبار مخصصا اولا واما الدليل العقلي المذكور فعليه ان يقال لانسلم ان عجز الامام عن الاقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب ان لا فائدة في الايجاب اذ ما ذكر لو عجزه مطلقا فجاز ان يثبت الوجوب في المحال معلقا في القدرة قلنا يجاب بانه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه ان يقال فجاز ان يثبت في المحال لتعليق الايجاب بالقدرة اي اذا قدرت فاقم عليه فالوجوب معدوم في المحال وموجود عند تحقق القدرة في المال لان المعلق بالشرط كذلك وح جوابه ان هذا المعنى ممكن لكن اين دليله فان الآيات انما تفيد تخيير الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم ان القدرة

اذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عندابي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رح يعني اذا زنى احربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رح وهو قول ابي يوسف رح واكد قال ابو يوسف رح يحدان كما هو قوله الآخر لابي يوسف رح ان للمسلم ان يلتزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد في القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولابي حنيفة رح ان الدخول للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصيروا من اهل دارنا ولهذا تمكن من الرجوع الى دار الحرب لا يقتل المسلم ولا الذمي بيقين فاما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لا ما يرجع الى الحكم في الانصاف يلتزم الانصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا حق الشرع رح ولهذا لا يحد في باب الزنا فعل الرجل وامرأة تابعة له على ما ذكرو انشاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي المجنون ولابي حنيفة رح فيه ان فعل الحربي المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا فالتمكين من فعل هو زنا موجب للحد على ما مر بخلاف الصبي المجنون لانهما ليسا بخطاب وتغيير هذا الاصل بالمكاوحة تحت المكاوحة عندنا رح لا يحد

شرط التكليف فنعلم استقرار مقتضاها في الزاني في دار الحرب فاين دليل تعليق الايجاب حال زنى الزاني في دار الحرب باقتدار الامام عليه فاذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تنجيزه فان اجيب بان تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة انه اذا رجع الى دار الاسلام واقامه يدفع بانه معارض بحديث مراسيل ابي داود وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين وايضا قد يقال عليه لانسلم ان حال الزنا يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب اصلا وفرض المسئلة انه زنى في دار الحرب ثم اقر عند القاضي بعد الخروج او شهد به عليه في غير تقادم وعند مالك هو قادر ويتعلق به ايجاب الاقامة والمذهب خلافه والله اعلم قال ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه بخلاف ما لو خرج من العسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد الى العسكر لا يقيمه ويفيد انه لو زنى بالعسكر والعسكر في دار الحرب في ايام المحاربة قبل الفتح له ان يقيمه للولاية ح اما امير العسكر والسرية فلا يقيمه لانه لم يفوض اليهما الاقامة

قوله واذا دخل حربي دارنا بامان وهو المستامن فزنى بذمية الخ حاصل المسئلة اذا زنى الحربي المستامن المسلمة او الذمية فعليهما الحد دون الحربي في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اولا الاحد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله الاول فصار فيها ثلاثة اقوال قول ابي حنيفة يحد المزني بها المسلمة والذمية وقال محمد لا يحد واحد منهم وقول ابي يوسف يحد كلهم وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لانه لو زنى بحربية مستامنة لا يحد واحد منهما عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يحدان ذكره في المختلف وان زنى المسلم او الذمي بالحربية المستامنة حد الرجل في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحدان جميعا والاصل ان عند ابي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند ابي يوسف يجب الكل الا حد الشرب فحد الشرب لا يجب اتفاقا لانه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقا لان فيه حق العبد فاختلفوا في حد الزنا والسرقة عند ابي يوسف يجب وعندهما لا وجه ابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الزنا وشرب العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه معتقد اباحته ووجه ابي حنيفة ومحمد انه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة تقضيها ويرجع وعلينا ان نمكن من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستيمان ملتزما جميع احكامنا في المعاملات بل لا يرجع منها الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد غير انه لا بد من اعتباره ملتزما الانصاف كف الاذى اذ قد التزمنا له بامانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزماه اما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه لم يمنعنا من استيفائه عند اعطاء امانه بخلاف المنع من شرب العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعهما فانه من حقوق العباد لان في استخدامه قهرا ذلا للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهد وذمم والمحدرح وهو الفرق بين المسلم او الذمي اذا زنى بمستامنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة او الذمية اذا زنت بمستامن لا يجب الحد عنده عليهما ان الاصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلا على ما استذكر فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه

قال واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع هذا ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق مذموما انما هي محل الفعل وطئ ليس هو واطئا ورانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى الوضية او لكونها مسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيل الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا ينال به الحد

في حق الاصل اي دليله اذا زنى البالغ العاقل بصبية او مجنونة يحد هو دونها وفي تمكين البالغة الصبي او المجنون لا تحد وتمكينها انما يوجب الحد عليها اذا امكنت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولابي حنيفة ان فعل المستامن زنى لكونه مخاطبا بالمحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق احكام الدنيا على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين لانه التزم حدوده لان اقامته بالولاية والولاية مندفعة عنه باعطاء الامان الا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو كنت مسلما فهرب تحدي لان المانع حصنه وتبيعها في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبيا او مجنونا لانها لما لا يخاطبا لم يكن فعلها زنى فلم تمكن من الزنا ونظيره بالوزني مكرها بمطاوعة تحد المطاوعة عند ابي حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لا تحد قوله واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو اي قول زفر والشافعي رواية عن ابي يوسف وهو قول مالك واحمد وان زنى صحيح اي عاقل بالغ بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع وانما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فهكذا العذر من جانبه لا يوجب سقوطه من جانبها وهذا لان كلا منهما مواخذ بفعله وقد فعلت ما هي به زانية لان حقيقة زنا ها اقتضاء شهوتها بآلة وقد وجد الا ترى انه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس الا ذلك وهو يدل على انها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها فلو لم تتصور زنا ها لم يحد قاذفها كالمجبوب ولنا ان فعل الزنا انما يتحقق منه لان اهل اللغة اخذوا جنس تعريفه وطئ الرجل فكانت خارجة وانما هي محل وليس هذا هو يسمى واطئا زانيا وهو موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كعيشة راضية ودما دافق اي مرضية ومدفوق لكونها مسببة لزنى الزاني التمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من فعل هو زنا ها والزنا فعل من هو منهي عنه ملتزم به وفعل الصبي ليس كذلك فلا ينال به الحد وعلى هذا لو قيل انها بالتمكين صح زانية حقيقة لغة لا يقر زنا لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فان قيل كيف يتصور ان يطلق عليها زانية حقيقة مع انه لا شك انه يطلق عليها مقرونا بها حقيقة فيلزم كون اطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل قالجواب بانه انما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلو منع وقيل بل سترتب الحد انما هو على تمكينها من الوطي المفضي الى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا او لا فالجواب ان تسميتها زانية حقيقة او مجازا لكونه بالتمكين من الزنا المنسب من كونه ما ليس زنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله بذلك لكن بقي ان يقال كون الزنا في اللغة وهو فعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهة وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وان لم يجب على فاعله حد والجواب ان هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لان قولهم وطئ الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام اهل اللغة انهم لا يسمون فعل المجنون زنا واحتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الايجاب فلا يحد به والله اعلم ومما ذكرناه يندفع

قال ومن أكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه وكان أبو حنيفة رح يقول أولا يحد وهو قول زفر رح لان الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان سببه الملجئ قائم ظاهرا والانتشار دليل مجرد لانه قد يكون من غير قصد لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم وإذا وردت شبهة وجب درء الحد عندنا وعند أبي حنيفة رح وقالا لا يحد لان الإكراه عند هما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وقد يتحقق من غيره وله أنه لا إكراه من غيره لانه يندفع الأنادر لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي نعم زنى بي وأقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه عليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع

ما قيل لو كان تمكين المرأة صبيا أو مجنونا يمنع الحد عليها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين أقرت بالزنا بل زنى بك مجنون أو صبي كما أنه استفسر ماعزا فقال أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لانها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ما عز فانه استراب امره على ما تقدم ولذا لم يسأل الغامدية أبك جنون مع انها مثل ما عز في سقوط الحد بجنونها فاورد انه ينبغي ان يجب العقر على الصبي والمجنون لان الوطئ في غير الملك لا يخلو عن احدهما اما العقر وهو مهر المثل او الحد كما لو زنى الصبي لصبيه او مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب أجيب بالفرق وهو ان الايجاب عليه هنا لا فائدة فيه لانا لو اوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لانها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي عزم بذلك وصح الامر منها لو لا يتها على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما لو كانت مكرهة او صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم ولا يتها في المكرهة عدم الامر اصلا فكان الايجاب مفيدا واما ايراد القاعدة ان كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منتقضة بزنا المكرهة بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فورود وبناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة الى الايراد ثم تكلف الدفع قوله ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولا يحد وهو قول زفر وبه قال احمد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد الانتشار الآلة وهذا آية الطواعية فاقترن بالاكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله اياه غير مكره فبطل اثر الاكراه السابق ووجب الحد بخلاف اكراه المرأة على الزنا فانه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا يحد اجماعا ثم رجع أبو حنيفة فقال لا يحد الرجل المكره ايضا لان السبب الملجئ الى الفعل قائم ظاهرا وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل له ان يكون معه ويكون طبعا لقوة الفحولية وقد يكون لريح تسفل الى الحجر حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك اثر اليقين وهو الاكراه الى المحتمل فان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة لعدم تحقق الاكراه من غيره فكان مختارا في الزنا وكذا عند زفر واحمد لانه وان تحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لكن قال الانتشار دليل الطواعية الى اذكرناه آنفا قال والانتشار لا يستلزم الطواعية الى آخر ما ذكرناه آنفا قال المشائخ وهذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن ابي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتي بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سببان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعد به قوله ومن أقر أربع مرات هذا على وجهين احدهما ان يقر الرجل في اربع مجالس انه زنى بفلانة حتى كان اقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني وأقرت هي كذلك بالزنا معه فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح محتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا يحد بتقدير كذبه لانكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بان لا مهر لها لدعواها الزنا لانه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنهما مع ثبوت الوطي باعترافها به وان اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطي لا يخلو عن عقر او عقر فلزم لها المهر وان ردته الا ان تبرىء منه واعلم ان وجوب المهر انما هو فيما اذا كانت الدعوى قبل ان يحد المعترف فان حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لان الحد لا ينتقض بعد الاقامة ثانيهما ان تقر اربعا لذلك انه زنى بفلانة وقالت

ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيتوزع على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف رحمه الله لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع وهما انه ضمان قبل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولكن يوجبه قائما يوجبه في العين كما في هبة المسروق فلانا في ميامنا البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عذرتها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنا لم يثبت في الجثة المسماة وهي عين فاورثت شبهة

فلانة ما زنت به ولا اعرفه او اقرت بي بالزنا اربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا اعرفها لا يحد المقر بالزنا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي واحمد يحد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسماها ولابي حنيفة رح ان الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه وادرأ شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم بهما فان تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما اقر بالزنا مطلقا انما اقر بالزنا بفلانة وقد قرر الشرع عن فلانة وهو عين ما اقر فيه فيندرئ عنه ضرورة بخلاف ما لو اطلق وقال زنيت فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لان الزنا لم يتقرر في حقها بدليل يوجب النفي وهو الانكار حتى لو حضرت واقرت اربعا حدت فظهر ان الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفته فاذا انكرت ثبتت شبهة يدرء بها الحد عنه فاذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغي ان لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما كما في صورة دعوى النكاح لان الحد لما سقط بانكارها وصف الفعل وهو الزنا كما في المسألة السابقة بدعوى النكاح فانكار اصل الفعل اولى قلنا خصصنا تلك المسألة بوجوب الحد على الرجل لحديث سهل بن سعد فانه روي ان رجلا اقر بالزنا بامرأة فانكرت فجلده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داود وفي شرح الطحاوي ولو لم تدع المرأة النكاح وانكرت وادعت على الرجل حد القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا قوله ومن زنى بجارية فقتلها اي بفعل الزنا فانه يحد وعليه قيمتها وانما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحد اتفاقا ويجب عليه الدية وقوله وعن ابي يوسف انه لا يحد ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل الفقيه ابو الليث خلافه فقال ذكر ابو يوسف في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف لا حد عليه وحين نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب قول ابي يوسف على خلاف قول ابي حنيفة ولا قول لمحمد وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول ابي حنيفة وبه قال الشافعي واحمد لانه لو كان لا قول له بان توقف لذكره وانما قال ابو يوسف هذا قول ابي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال ولانه ضمان فتعين وجه ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب قتله سبب لملك الامة واذا ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها او ملكها بالفداء بان زنى بجارية جنت اليه فدفعت اليه بالجناية او بالشراء او النكاح انه لا يحد في ذلك كله وعند ابي حنيفة يحد في الكل وقال ابو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء او النكاح لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولابي حنيفة انه زنى وجنى فيوجد موجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث ثنايا

قال وكل شئ صنعه الامام الذى ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال كان للمسلمين ورد حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولى الحق اما بتمكينه او بالاستيفاء بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه كحكم سائر الحدود التى هى حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

على العاقلة ولا يجب بالغته بالبغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك المال والدم والدم ليس بمال ثم تنزل فقال ما حاصله انه لو فرض ان الضمان يوجب الملك لكان يوجبه فى العين القائمة لانه يثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر فى القائم دون الفائت ومنافع البضع التى استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائما يثبت شبهة قيام المنافع فيثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهة فلم يكن كالمسروق ولم يضف الملك السبب عن الضمان ملك تملك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط اقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس وحاصل هذا التقرير الى ان الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة ملك تملك المنافع فان كانت ثابت شبهة ملك العين لا حقيقة وبحقيقته لا تثبت شبهة ملك المنافع فاذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير ان ابا يوسف اثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه وليس احد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذى قررناه بقليل تامل تظهر ما فى تقرير المصنف ينتزل من التنابل وبالوجه الذى قررناه يتضح حسن اتصال قوله بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب قيمتها وسقط بها الحد لان الملك يثبت فى البضعة العمياء وهى عين فاورث شبهة اى فى ملك المنافع تبعا فيندرئ عنها الحد انما هنا فالعين فانية بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التملك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لانا نقول المستند يثبت اولا ثم يستند فاستدعى ثبوت المحل حال الاداء وهو منتف وثمرته ان الثابت فى المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فان قيل ينبغى ان لا يجب الحد لتم ملك المقتول لان بعض القيمة لا بد ان يصير بازاء منافع البضع التى يجب الحد لاجلها فيجب ان لا يحد والا وجب ضمانان بازاء مضمون واحد اجيب بانه لما لم يوضع الفعل للقتل كان اولج كجراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بازائه وفى الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعى اما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفى جامع قاضى خان لو زنى بجارية ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق **قوله** وكل شئ فعله الامام الذى ليس فوقه امام مما يجب فيه الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة لا يوخذ به الا القصاص والمال فانه اذا قتل انسانا او اتلف مال انسان يوخذ به لان الحد حق الله تعالى وهو المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق الجزاء والنكال ولا يفعل احد ذلك بنفسه ولا ولاية لاحد ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء فاذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لان حق استيفائها لمن له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج المنعة فالمسلمون منعته فيقدرهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا او المغلب فى حد القذف حد الشرع فكان كبقية الحدود وبهذا يعلم انه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضى والقضاء ليتعين الولى من استيفائه لانه شرط ورد عليه بما لم يمنع من ان يولى غيره لحكم فيه بما يثبت عنده كما فى الاموال غير انه اذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق العبد استوفاه العبد او حق لله استوفاه ذلك النائب وقيل لا يتخلص الا ان يقضى

ان قوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما يعم ان المخاطب فيه بالجلد الامام ان يجلد غيره والله اعلم وقد يقال ان دليل الايجاب استصحاب والله اعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنه قدم ان الحد يثبت بالبينة والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار الان وجه ما يثبت منه بالبينة بالنسبة الى ما يثبت بالاقرار اندر ما ورد لضيق بشروطه المقتضى للاعدام وهو ان يرى الرجل فى فرجها كالميل فى المكحلة وايضا لم يثبت

قال واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يقض به الامام لو لم يقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او زنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تسقط بالتقادم لما فيه من الشبهة ولانها شرعت زواجر والزاجر انما يشرع فيما يعتبر حاجة العباد وهو الذي يحتاجون الى ان الشاهد مخير بين الحسبتين من اداء الشهادة او الستر فاذا اختار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة تحركه وبعداوة تحركه فيتهم فيها وان كان الاخير الستر يستر فاسقا اقام فيقينا بالمأثم بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فيما يتضرر به خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنه بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من ضرر العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد لان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انه لام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليست بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرطت للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستمرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما

قط الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان وعلي بالبينة فاتهم كلهم لم يحدوا بالاقرار فقدم ما يكثر وجوده وما كان الثبوت به عندهم وعند الصحابة **قوله** واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يقبهم عن اقامتهم لبعدهم عن التهمة لم تقبل المشهود بتهم الا في حد القذف خاصة فقوله متقادم اسناده في الحقيقة الى ضمير السبب اي متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو اشهادهم به وقوله شهدوا بحد تابل فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة وقوله لم يقبهم جملة في محل جر لانها صفة النكرة وهي حد والفاعل بعدهم ولا شك انه لا يتعين البعد عذرا بل تجب ان يكون كل من نحو مرض او خوف طريق ولو في بعد يومين ونحوه من الاعذار التي لا يظهر انها مانعة من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادة مفيدة وهي قوله في اذا شهد عليه الشهود بسرقة او شرب خمر او زنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة ثم قال فان اقر به بعد حين بذلك اخذ به الا الشرب فانه لا يؤخذ بذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره الاصل ان الحدود الخالصة حق الله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي وفي الجامع تابل مشهور فان الزنى يبطل بالتقادم الشهادة باسبابها ثم لا يجب الحد على الامام من الاصل لعدم الموجب والحاصل ان في الشهادة في الحدود القائمة والاقرار بها اربعة مذاهب الاول رد الشهادة بها وقبول الاقرار بها سوى الشرب وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف الثاني رد هما وقبول الاقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن وابي يوسف الثالث قبولهما وهو قول الشافعي وهو ان كان يكمل منهما الحد فكما لا يبطل الاقرار بالتقادم كذا الشهادة وجه الرابع رد هما نقل عن ابن ابي ليلى ولم يقل احد بقلب قول محمد واستدل الشافعي والآخرين بالحاقه بالاقرار لانها حجتان شرعيتان ثبتت كل منهما الحد فكما لا يبطل الاقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد ولنا وهو الفرق ان الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة اما الكبرى فلقوله عليه السلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين اي متهم وذكر محمد رحمه الله عن عمر رضي الله عنه انه قال ايما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم واما الصغرى فلان الشاهد بسبب الحد مامور بادائه مرغب في الستر احتسابا لقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث وفي ذلك والشهادة به احتسابا بالمقصد اخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد فاضل الامرين واجب مخير على الفور كخسار الكفارة ولان كل من الستر واخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي واذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه باحد الامرين اما بالفسق واما بتهمة العداوة لانه ان حمل على انه من الاصل اختار الادى وعدم الستر ثم اخره لزم الاول او على انه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك انه سقط عليه الواجب باختياره احدهما فالتصرفه بعد ذلك الى الشهادة موضع ظن انه حركه حدوث عداوة بخلاف الاقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه احد الامرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة اذ الانسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم اذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فتاخير الشاهد لتاخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فيتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فان قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة ان لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد اجاب اولا بما حاصله ان السرقة فيها امران الحد والمال فما يرجع الى الحد لا يشترط فيه الدعوى لانه خالص حق الله تعالى باعتبار المال يشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لاحدهما بل لا ينفك عن الامرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد

ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود

ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا يقطعه لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الامرين فيها انه اذا شهد بها على الانسان والمدعي غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود به عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق العبد قطع وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال ان يكون سرق ملكه الذي كان عنده او ملكه اياه فلا بد من تضمين الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان توقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا آخر ردد ناه في حق الحد لا المال بل الزمناه المال بخلاف ما اذا قال زنيت بفلانة او قتلته وهي غائبة لا يدري جوابها لا يحد ولا يقتاني بالحد لان الثابت هناك شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي السرقة لا يثبت اصلا الا ثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت في ضمنية المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال لان يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة المبرئ بخلاف دعوى النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله اعلم وأجاب ثانيا بان بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حق الله سبحانه وتعالى قائما تم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة ادير على السفر فلا يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فمر د بالتقادم لا يخفى ان الشهادة بالتقادم ليس الا التهمة ومحل التهمة ظاهر يدركه كل احد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حق لله تعالى ولا يصح تشبيه بالمشقة مع السفر لان المشقة امر خفي غير منضبط فلا يمكن الاناطة به فيضبط بما هو منضبط فالعدول للحاجة الانضباط ولا حاجة فيما نحن فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد سنين فشهدوا فانه لا تهمة بتاخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب انما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليها وان لم يكن قال المدعي على ما قال قاضي خان انما لم تقطع في السرقة بعد التقادم لا للتهمة في الشهود لان الدعوى شرط القبول بل تحقق في الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا في الابتداء فاذا اخر فقد اختار الستر فلم يبق حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضي بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضي بالمال دون القطع انتهى فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان تاخير الشهود الشهادة لتاخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة اما لو اخر والا لتاخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم لعلمه باعلامهم او بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله ولان السرقة تقام على الاستمرار على غيره من المالك فيبطل على الشاهد باعلامه وبالكتمان ليصير فاسقا انما يقتضي ان ترد في حق المال ايضا للفسق لكن ما ذكر من انهم اذا شهدوا بعد التقادم يثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم بطلاقه يقتضي فيما اذا لم يكن التاخير لعدم تاخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور

قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه وهو قول زفر قول الائمة الثلاثة لان التاخير بعذر هرب وقد زال العذر ولنا ان الامضاء الى الاستيفاء من القضاء بحقوق الله تعم بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت في نفس الامر استنابة تعم الحاكم في استيفاء حقه اذا ثبت عنده بالشبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء او هو هنا اذا لم يحتج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ بخلافه

واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي وهو قول ابي حنيفة رح لم يقدر في ذلك وفوضه الى راي القاضي في كل عصر فما يراه بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع وهو الامام مفقود حين قام فلا يتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رح وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما بيناه في باب اساءة الادب ان شاء الله تعالى واذا شهد واحد على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهد واحد ان فلانا سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة يعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة فلا معتبر بالموهوم

في حقوق غيره تم فانه فيها الاعلام من الحق بحقيقة حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فانما هو لي حقوقه تم استيفاؤه واذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بغير حضرة اجماعا وبالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى وبذا رد المختلف الى المختلف فان كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطا صحيح لكن الكلام في معنى قيامها فعندهم ما لم يطرا ما ينقضها من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا او ماتوا جاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها ببقاء هم على الاهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن هذا التقادم انما يبطل في ابتداء الاداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فالتفاوت بسبب تقادم لا توان منها لا يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا ان رواها انيط بالتقادم فلم يلتفت الى التهمة بعد ذلك يجب كونه انيط بتقادم عن توان من الشاهدين والامر ممنوع وتذكر فيما يلي هذه المقولة زيادة فيه ان شاء الله تعالى **قوله** واختلفوا في حد التقادم اشار محمد في الجامع الصغير الى انه ستة اشهر حيث قال شهدوا بعد حين لو جعلوه عند عدم النية ستة اشهر على ما تقدم في الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وابو حنيفة لم يقدره قال ابو يوسف جهدنا بابي حنيفة رح ان يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى راي القاضي في كل عصر فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم وما لا يعد تفريطا غير تقادم واحوال الشهود والناس تختلف في ذلك العرف فانما يوقف عليه بنظر نظر في كل واقعة فيها تاخير فنصب المقادير بالراي متعذرة وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل على ما في مسئلة الحلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث وبعده يحنث وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو الاصح واخذ بهذه الرواية حما في المجرد قال ابو حنيفة لو سئل القاضي الشهود متى زنى فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهرا او اكثر درئ عنه قال ابو العباس الناطفي فقدره على هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد وهذا اعني كون الشهر فاصلا عما يمنع قبولها اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم بعد الشهر لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة فقد نظر في هذا التقادم الى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو مخالف ما ذكره من قريب انه بعدما انيط بالتقادم لا يراعى وجود التهمة في كل فرد الا ان يقال اذا كان المانع البعد او المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط بل هو ما لم يكن هذه الموانع من الشهادة ويجاب بان هذا راجع في المعنى الى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه احد الامرين من الفسق والتهمة ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق في غير شرب الخمر اما فيه فكذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعد ما لم تقبل عندهما وستاتي هذه ان شاء الله تع **قوله** واذا شهد واحد على رجل انه زنا بفلانة وهي غائبة فانه يحد اجمع الائمة الاربعة عليه وكذا اقر بالزنا بغائبة يحد الرجل لاجماعهم لحديث ماعز فانه اقر بغائبة على ما تقدم وذكر ابو رحمه عرم ونقل ابو الليث عن ابي حنيفة انه كان يقول اولا لا يحد حتى تحضر المراة لاحتمال ان تحضر فتدعي ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع

قوله

وان شهد واالله زنى بامرأة لا يعرفونها لم يجد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى
عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درئ الحد عنهما
جميعا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا يجد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب تفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه
بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما

الى قول الكل وسيظهر وجه بطلان القول الاول فان شهد وا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم
الدعوى والدعوى شرط في السرقة للعمل بالبينة لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة
للمرء على المرأة لا تقبل بلا دعوى وليست شرطا للثبوت الزنا عند القاضي وطولب بالفرق بين القصاص اذا كان بين شريكين
واحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز ان يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنا الغائبة فان الثابت في كل منهما شبهة
الشبهة اجيب بالمنع بل الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العفو فان العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط
فاحتماله هو الشبهة وانما يكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتمال شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان
نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فاعتبارها باطل والا ادى الى نفي كل واحد فان ثبوته
بالبينة او الاقرار والذي يثبت به يحتمل ان يرجع عنه وكذا المشهود يحتمل ان يرجعوا فاعتبرت شبهة الشبهة انتفى
كل حد ووجه ان شبهة الشبهة ان نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع شبهة الشبهة **قوله** وان
شهد وا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يجد لان الظاهر انها امرأته او امته فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست
زوجتي ولا امتي لم يجد ايضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يجد واما قيل
ولو كان اقرارا فمرة لا يقام الحد يقتضي انه لو قال او لباعا حد وليس كذلك وان اقر انه زنى بامرأة لا يعرفونها حد لانه لا تشتبه
عليه امرأته فان قيل قد تشتبه عليه بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه
فلما اقر بالزنا فرع على انها لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم اعرفها اي باسمها ونسبها ولكن علمت
انها اجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز ان يشهد على من يشبهه عليه فكان قوله لا اعرفها ليس مسقطا للحد
قوله وان شهد اثنان حاصلها انه شهد اربعة على رجل انه زنى بفلانة الا ان رجلين قالا استكرهها واخرين قالا طاوعته
فعند ابي حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة وقالا يجد الرجل خاصة لاتفاقهم اي المشهود الاربعة على الموجب للحد
عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غالبها لاتفاقهما اي الفريقين وعليه قوله وتفرد احدهما بزيادة جناية اي تفرد احد الفريقين
بزيادة جناية منه من الاكراه وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت اذ قد اختلفوا
فيه فتعارضوا فعدم الوجوب عليها بمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة او مجنونة ولابي حنيفة انه قد اختلف
المشهود عليه قررناه في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائعة
لان الفعل اعني الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما
اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لان الاكراه يخرج المرأة من ان تكون
فاعلة للزنا حكما ولهذا لا اثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به اورث اختلاف المشهود عليه واختلاف القول من
اقوى الشبهة انتهى ولا يخفى ان المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه ليستلزم

ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية وانتهاؤه في زاوية اخرى بالاضطراب او كان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

الشهادة على اثنين او واحد او يؤثر في الحكم لان حاصل ذلك ان الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال والموجب الحد عندنا واحد فلا فائدة لابي حنيفة رح في ايراد هذا الكلام بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا اثر لها ولا يفيد في المقصود فائدة يعتد بكونه على تقدير آخر مشهودا عليها معه والفرض ان كان التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فانما هو امر مفروض فرضا لا فائدة فيه اصلا ولهذا حمل شارح لفظة عليه على به وعليه اقتصر في الكافي فقال وله ان الشهود اختلفوا وليس على احدهما اي على احد الوجهين الذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شيء وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبهما فيكون مختلفا في جانبه ضرورة يعني ان الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا داخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة اربعة وقول المصنف يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض انه واحد بالشخص بل انه يتحقق قيامه بوجوده بهما **قوله** ولان شاهدي الطواعية لما اندرئ الحد عنها صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين لها ولا شهادة للخصم فكان مقتضاه ان تحد احد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناها مكرهة فان الزنا مكرها يسقط الاحصان في حد القذف والاحصان يثبت شهادة اثنين فلما سقط شهادتهما في حقها انسقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار في سقوط حد القذف تحتاج اليه عندهما على ما ذكره في جامع شمس الائمة حيث قال لم يجب حد القذف على المشهود عليه عند ابي حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة الى الزنا بلفظة الشهادة وذلك مخرج لكلامهم من كونه قذفا كما في المسئلة التي تلي هذه واما عندهما فلان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدي الاكراه اسقطا الى آخر ما ذكرناه **قوله** وان شهد اثنان اي شهد اربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا انه زنى بها بالكوفة والآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة ولم يتم على كل منهما نصاب الشهادة وهو الشهادة اربعة ولا يحد الشهود للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لان العدد لما لم يتكامل زنا صار واقذفة كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فانهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الاهلية ولفظ الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة وصفة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم والحاصل ان في الزنا شبهة اوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة اوجبت الدرء عن الشهود قال قاضي خان وكلامنا اظهر لقوله تم والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وقد وجد الاتيان باربعة **قوله** وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا اعني حد الرجل مع هذا الاختلاف استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فصير كالتي قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعي ومالك وجه الاستحسان انهم اتفقوا على فعل واحد حيث

وان شهد اربعة انه زنى بامراة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس ببدر هند ذكر في الحدود انهم

جميعا اما عنوا فلانا يقينا بكذب احد الفريقين من غير عين واما لحن الشهود فلاحتمال جهد في كل فريق

نسبوه الى بيت واحد صغيرا اذ الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت

اذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان في وجه يظن انه اليه اقرب فيقول انه في الزاوية التي تليه بخلاف الكبير فانه لا يحتمل هذا فهو

كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة او حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل في رواية ثم صار الى اخرى بتحريكها عن الفعل

واما ما قيل اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بسديد لان ذلك ايضا قائم في البلدين نعم انما هم مكلفون بان يقولوا مثلا في دار الاسلام

فالوجه ما اقتصرنا عليه فان قيل هذا توقيف لاقامة الحد وهو احتياط في الاقامة والواجب ورؤه اجيب بان التوقيف مشروع

صيانة المنصوص عن التعطيل فانهم لو شهد اربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زناها في غير الوقت

وقبوله مبني على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الاخران لم ينص عليه في شهادته فان قيل الاختلاف

في مسئلتنا منصوص عليه وفي هذه مسكوت عنه اجيب بان التوقيف مشروع في كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت

ومن الاول اذا اختلفوا في الطول والقصر او في السمن والهزال وفي انها بيضاء او سمراء او عليها ثوب احمر واسود تقبل في كل ذلك

وقد استشكل على هذا مذهب ابي حنيفة فيما اذا شهدوا انه اكرهها واختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون

ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن ان يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر

الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا تحب بالشك وهنا بالنظر الى الرادتين يجب فافترقا **قوله** ولو شهد اربعة

انه زنى بامراة عند طلوع الشمس بالنخيلة بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة

والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن وشهد اربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس ببدر بهند فلا حد على احد منهم اما عند بها

فلا تيقن بكذب احد الفريقين غير عين اذ الانسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب احدهما بالشك

واما في الشهود فلا تيقن بصدق احد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لانه يصح كون الامرين

فيهما في ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا الا انه يخص بظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل وبدر بهند

وبدر بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر بن الماء السماء كانت تربت وبنت هند الدير واقامت به وخطبها المغيرة بن

شعبة ايام امارته على الكوفة فقالت والصليب في مارغبته بالجمال ولا لكثرة مال انما اراد ان يفتخر بنكاحي فيقول نكحت بنت النعمان

بن المنذر والا فاي رغبة لشيخ اعور في عجوز عميا فصدقها المغيرة وقال في ذلك ما درك ما منيت نفسي خاليا ؛ بدر درك

يا ابنة النعمان فلما قدمت على المغيرة ذهبت ان الملوك فكية الاذنان ؛ اني لحالف بالصليب مصدق ؛ والصليب اصدق حلفة

الرهبان فكانت بعد ذلك تعيب عليه فسألها يوما عن حالها فقالت ؛ فبينا نسوس الناس والامر امرنا ؛ اذا نحن فيهم سوقة نتنصف

فان لدنيا لا يدوم نعيمها ؛ تقلب تارات بنا وتصرف ؛ ذكر هذا ابن الشجري في امالية على القصيدة التائية للشريف الرضي التي اولها

مازلت اطرف المنازل باللوى حتى نزلت منازل النعمان ؛ ولقد رايت بدر بهند منزلا الما من الرضا والحدثان ؛ مفض كمستمع

الهوان تغيبت ؛ انصاره وخلا عن الاعوان ؛ بالي المعالي اطرقت شرفاته ؛ اطراق منجذب القرينة عان ؛ وذكرت مشجها الاما

وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او هم عبيد او محدودون في قذف فانهم يحدون ولا حد على المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم شيء اذ تهم المال فكيف بتلك الحدود وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس من اهل التحمل والاداء فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهد بذلك هؤلاء اولئك او هم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في اداءه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا الوقت القاضي بشهادة فاسق يفتى عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا باعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلا يمتنع الحد ان وسيأتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة ثم كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حبسة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب ثلثا ثم رجع احدهم عبد او محدود في قذف فاقام غيرين كانا معهم قذفوا اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجع احدهم ضمن ربع الدية على بيت المال وهذا عندنا وقال زفر الضرب هدر على بيت المال قال العبد الضعيف عفا الله عنه معناه اذا كان رجوعه على هذا الخلاف واما اذا رجع احدهم بعد الضرب وقبل هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون

بوجوه من قبل بيع زمانها بزمان وبسارة على المغيرة ذبحه بنزع النوار بطيبة الاذخان والنوار من النساء التي تنفر من الريبة يقال ثارت المرأة تثور نورا اذا نفرت من القبيح قوله وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ عنها الحد عنها اي عن المشهود عليها بالزنا وعنهم اي ويدرئ حد القذف عن الشهود وهو احد قول الشافعي واحمد وعند مالك يحد المرأة والرجل اما الدرء عنها فلظهور كذب الشهود اذ البكارة مع الزنا دليل ظاهر فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن وهن ضرورة سقوط الحد وقيل ان يقال ان لم يتعارض بشهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز ان تعود البكارة لعدم المبالغة في ازالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي ان لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب ان تبطل بشهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سوار انتهضت معارضة لا لابد ان يورث شبهة بها يندرئ وكذا يسقط بقول من هي رتقاء او قرناء ويقبل في ذلك قول امرأة واحدة واما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا وانما امتنع الحد بشهادتهم لقول من قول حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه والحاصل انه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في ازالتها بالزنا او لكذبهن قوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او هم عبيد او محدودون في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه الاصل ان الشهود باعتبار التحمل والاداء انواع اهل للتحمل والاداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل واهل لها على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس اهلا للتحمل ولا للاداء وهم العبيد والمجانين والصبيان والكفار واهل للتحمل لا الاداء كالمحدودين في قذف والعميان فالاول يحكم بشهادته ويثبت الحقوق بها والثاني يجب التوقف فيها لينظر صدقه اولى فلا والثالث لا شهادة له اصلا حتى لا يعتبر فيما لم تعتبر له الاداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما والرابع يعتبر في هذا فصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهد وا بعد ذلك لم يقبل اذا عرف ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لان العميان والمحدودين ليسوا اهلا للاداء والعبد ليس اهلا للتحمل ايضا فلم يثبت شهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصار وا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد اربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يقبلوا لانهم اهل للاداء مع قصور حتى لو حكم حاكم بشهادة الفاسق نفذ خيرا له لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت وياتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة وكذا قال احمد في رواية عنه قوله وان نقص عدد الشهود عن اربعة بان كانوا ثلاثة فاقل حد واحد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فيقف على طلبه وهذه اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وحين شهد على المغيرة ابو بكرة ونافع وعلقمة وزياد بن سمية ولم يكمل بشهادة زياد صدر عمر رضي الله عنه الثلاثة الشهود بحضرة من الصحابة فكان اجماعا والاربعة اخوه لام واسم امهم سمية واما وجه من حجة المعنى فلان اللفظ لا شك في انه قذف وانما تخرج عن حكم القذف اذا اعتبر شهادة ولا تعتبر شهادة الا اذا كانوا نصابا قوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ حاصلها انه اذا حد بشهادة شهود جلدا

لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع عند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رحمه الله ان الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا هو الملتقى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه لانه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهد واعلى ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه بردشهادة الفرع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم في الاداء والتحمل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل ومتناع الحد عن المشهود عليه لزوم شبهة وهي كافية لدرء الحد كما يجيء

فجرحه الجلاد مات منه لعدم احتماله اياه ثم ظهر بعض الشهود عبدا او محدودا في قذف او عمى او كافرا فانهم يحدون بالاتفاق لان الشهود حينئذ اقل من اربعة وسمى كانوا اقل حد واحد القذف ثم قال ابو يوسف ومحمد ارش الجراحة ودية النفس فيما اذا مات في بيت المال وقال ابو حنيفة رحمه الله لا شئ عليهم ولا على بيت المال ولو كان المحد الرجم فرجم ثم ظهر احد الشهود وعلى ما ذكرنا قد تيه على بيت المال اتفاقا قال المصنف رحمه الله وعلى هذا اذا رجع الشهود يعني بعد ما ضرب فجرح او مات لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وظاهر انه لا تحسين كل الحسن لفظ وعلى هذا هنا لان مسئلة يقال اذا كان الخلاف في المشار اليها كالخلاف المشبه به وليس هنا كذلك فان ذلك الخلاف هو ان الارش والدية في بيت المال عندهما وعنده ليس على بيت المال شئ وهنا عندهما على الشهود وعنده ليس عليهم شئ وقال الشافعي ومالك فاحد الارش والدية على الحاكم **قوله** لهما ان الواجب مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الجرح والموت الى شهادتهم قضاء كالمباشرين لما اوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بانهم جناة في شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه او مات وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا اما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا او محدودا الخ وهو ما اذا اراد لقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين في الجنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي لانه الآمر له وفعل المامور ينتقل الى الامر عند صحة الامر فكانه ضرب بنفسه ثم ظهر خطاؤه وفيه يكون الضمان في بيت المال لانه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي لحقته بسبب عمله لهم في مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين او عبيدا الخ في بيت المال اتفاقا **قوله** ولابي حنيفة ان الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فتضمين هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما في اثباته ان الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر ايضا ولا يقع جارحا الا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه فلا يعقد الى الشهود ولا القاضي بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضي لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطاؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطائه عليهم في مالهم لانه الغرم بالغنم اما الجلد الخارج فلم يقض به فلا يلزمه ليكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاد لانه لا يجب عليه الضمان في الصحيح لانه لم يتعمده فلو ضمناه لامتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة واذا لم يجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي ليثبت في بيت المال لم يجب اصلا وهو المطلوب وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الاسلام في مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس مامورا بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد فعله على هذا الوجه رجع تعديا فيجب عليه الضمان وهذا وجه من جملة احترازا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع **قوله** وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها اي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة زيادة شبهة لتحققها في موضعين في تحمل الاصول وفي نقل الفروع وهو قول مالك واحمد والاصح من مذهب الشافعي انه يحد بها اذا تكاملت شروطها ونحن بنينا زيادة الشبهة وهي وان لم تمنع في الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما ارجم واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رح يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات انشاء الله تعالى واما الحد فعندهما لا شيء عليهم لانه ان كان الراجع قاذفا حتى فقد بطل بالموت وان كان قاذفا صلت فيرجع حكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فيحق للحال قذفا للميت ودن انفسخت الحجة فينعكس ما يبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذف فانه غير محصن لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حد واجميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رح حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء ضربوا جميعا وقال زفر رح الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة بانضمام القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيجب حد القذف

والزم القضاء بوجهاني المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود لزيادة شبهة فيها فعلم ان الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة الا في الحدود وسببه انه يحتاط في درء الحد عن المشهود عليه وان كان الاحتياط ردما كان كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ولانها بدل واعتبار البدل في موضع يحتاط في اثباته لا فيما يحتاط في ابطاله فان جار الاولون يعني الاصول شهدوا بالمعاينة بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنه لا يقبل ايضا لان الشهادة هؤلاء الاصول قد ردها الشرع من وجه برده شهادة الفروع في عين الحادثة التي شهد بها الاصول اذ هم قائمون مقامهم فصار شبهة في درء الحد عن المشهود عليه بالزنا ثم لا يحد المشهود الا الفروع لان عددهم متكامل فلم تكن شهادتهم قذفا غير انه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه فلا توجب حد القذف على الشهود **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم حاصل وجوده برجوع واحد ثلاثة اما قبل القضاء او بعده قبل الامضاء او بعده ذكرها المصنف كلها فذكر اولا اذا رجع واحد من الاربعة بعد الامضاء وهو الرجم مثلا وان حكمه انه وحده يغرم ربع الدية اما غرامة ربع الدية فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباعها فتكون التالف بشهادة الراجع ربعها لاتلافه بها ربع النفس حكما فيضمن بدل الربع وقال الشافعي يجب القتل لا المال بناء على اصله في شهود القصاص انهم اذا رجعوا يقتلون قال المصنف وسنبينه في الديات قيل وقعت الحوالة غير واقعة لانه لم يذكر فيه واما حد الراجع وحده فمذهب علمائنا الثلاثة يحد وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذفا حتى برجوعه فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث لان الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وحكمه برجمه يوجب شبهة في احصانه ولهذا لا يحد الباقون اجماعا **قوله** ولنا الخ حاصله اختيار الشق الثاني وهو انه قذف ميت ثم نفى الشبهة الدارية لحد القذف عنه اما انه قذف ميت فلان الرجوع تنفسخ شهادته فتصير قذفا للحال لا انه بالرجوع تبين ان تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير ان بالرجوع ينفسخ فتصير قذفا للحال كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد ستة فوقع يقع الآن لا انه تبين انه وقع حين التكلم به وكذا اذا فسخ وارث المشتري البيع مع البائع بعد موت المشتري يثبت به الملك في الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر احدهم عبدا بعد الحد فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الراجع وغيره قذفه لان العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون وانما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور احدهم عبدا لانه قذف حيا فمات واما ان كونه مرجوما ليس شبهة في حقه دارية للحد عنه ولانه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بنى عليها وهو القضاء برجمه في حقه بزعمه واعترافه فاذا انفسخ تلاشى فكانه لم يكن لكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لان زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره لانه لم ينفسخ في حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحد غيره لو قذفه لان القضاء لما كان قائما في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ثم ذكر المصنف رجوع الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال فان لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم اي بعد القضاء قبل الامضاء حدوا جميعا وقال محمد وزفر يحد الراجع وحده لان الشهادة تأكدت بالقضاء

فان كانوا خمسة فرجع احدهم فلا شئ عليهم لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر حد وغرم ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا وزكوا فرجم فاذا الشهود محدودون اعميين فالدية على المزكين اخماسا في ستة لانهم معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لما اثم التزكية فصار كما اذا اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه ولان الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فصار كما اذا شهدوا بالاحصان لانه يحقق الشرط ولا فرق بينما اذا شهدوا بالبقية الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا لم نعلم عدولهم او قالوا هم عبيد فلا ضمان لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلهم شهادة ولا يجب من حد القذف لانهم قد فر احيا وقد مات فلا يورث عنه

فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبيل الامضاء انما يؤثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء وانما ان الامضاء اعم استيفاء الحد من القضاء وقد تقدم بيان كون الامضاء من القضاء بحقوق الله تعالى في مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الامضاء كرجوعه قبل القضاء وظهر ثمرة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت اسباب الجرح في الشهود او سقوط احصان المقذوف او عزل القاضي يمنع استيفاء حد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حد واجمعا وهو قول الائمة الثلاثة وقال زفر يحد الرابع خاصة لان رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فيبقى شهادتهم على ما هي عليه لانقلب قذفا ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة باتصال القضاء به ولم يتصل به لان رجوعهم منع من ذلك فيبقى قذفا فيحدون والاولى ان يقال كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة ما دام لصفة ايجاب القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان قذفا وهذا لان كونه لا يخرج عن القذف الا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع اذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع من الاداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة اياه الى الزنا قولا فكذا اذا رجع احدهم يحد ثلاثتهم بقولهم زنى **قوله** وان كانوا خمسة عطف على اول المسئلة وهو شهد اربعة ورجع احدهم اي بعد الرجم لا شئ عليه لاحد ولا غرامة لانه لم يفت بعد رجوعه من يبقى شهادته كل الحق وهو الشهادة الاربعة وهو قول الائمة الاربعة سوى قول الشافعي في غير الاصح عندهم وان رجع آخر مع الاول حد كل منهما وغرما ربع الدية وللشافعي تفصيل وهو انهما ان قالا اخطانا وجب عليهما قسطهما من الدية وفيه وجهان في وجه خمسا ها وفي وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان اما الحد فلما ذكرنا يعني من ان الشهادة تنقلب قذفا للحال فعليهما الحد يعني عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما قذفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لان رجوع الثاني هو الموجب للحد واما الغرامة فلانه يبقى من تبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق والمعتبر في قدر لزوم الغرامة بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا وزكوا بان قال المزكون هم احرار مسلمون عدول اما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق اذا ظهروا عبيدا فان زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كفارا وعبدا فانما ان يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم احرار مسلمون فلا شئ عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بانهم كانوا مسلمين فاذا ما ظهر كفرهم وان اخطانا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف الى ان يقولوا تعمدنا فقلنا هم احرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففي هذه الصورة قال ابو حنيفة رح الدية على المزكين وقال ابو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الائمة الثلاثة اذا عرف هذا فقول المصنف فقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوهم ان في صورة الرجوع الخلافية قولين ان يرجعوا بهذا الوجه او باعم منه وليس كذلك لانهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة او التسبب او عدم المباشرة ظاهر وكذا التسبيب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما اثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو اثنوا على الشهود عليه بالاحصان فكذا لم يضمن الشهود الاحصان بعد رجم الشهود عليه اذا ظهر غير محصن لانهم لم يثبتوا النسب كذلك لا يضمن المزكون ولا بأس بنسبة ابي حنيفة ان الشهادة بالزنا انما تصير حجة

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا اقام القاضي الحد ولم يسأل عن شيء وقال ابو حنيفة لا يقيم حتى يسأل عن الشهود عليه ويلتمس المدفع وفي القياس يجب ان لا يقيم لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فادرئت شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشبهة لم تقم حجة بعد وكذا قتله بعد ما علم الدم متعمدا على دليل سليم فصار كما اذا قتله حربيا وعليه عامة متعمد وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب تلك في ثلث سنين كالخطأ وجب بتمام القتل وان رجم قوم جدوا وتجب الدية على بيت المال لانه استيفاء الامام فيقع فعله له ولو باشره بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأمر امرءا واذا شهد واحد على رجل بالزنا وقالوا اتممنا النظر فلما تبلت شهادته قتله لانه بياح النظر لهم فرد رجم تحمل الشهادة وما شبه الطبيب والقابلة

الحكم بالرجم على المحاكم بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة لائتلاف لانها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها على ما عرف بخلاف الاحصان فانه ليس موجبا للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الاحصان يوجبها غليظة لانه كفران نعمة البدن فلم تضف العقوبة الى نفس الاحصان الذي هو النعمة بل الى كفران النعمة فكانت شهادة به الشهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم افاد المصنف لا يشترط في التزكية لفظ الشهادة بان قالوا الشهود انهم احرار مسلمون ذلك او الاخبار كان يقولوا انهم احرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقا ثم لا يشترط العدد في المزكي عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق والاربعة في الزنا وتجوز شهادة رجل وامرأتين في الاحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لانهم قذفوا حيا فغابت ولا يورث استحقاق حد القذف واعلم انه وقع في المنظومة قوله على المزكين ضمان من رجم ان ظهر الشاهد عبدا ثم فعلم واوجبوا ضمان هذا المتلف بمن بيت مال المسلمين فاعرف وفي المزكين اذا هم رجعوا كذا وقالا عزروا واوجبوا وفي المختلف بالوفاق ما في المنظومة لانه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون قال في المصفى شرح المنظومة وهذا اشكال هائل فانا ان اولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وان لم يأول بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان ويدل عليه انه ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكر هذا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل ان يأول بالرجوع ولا يلزم التكرار لان المسئلة الاولى فيما اذا ظهر المشهود عبيدا او رجع المزكون ايضا والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما اذا رجع المزكون فحينئذ تفاوت ظاهر انتهى وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما اذا ظهروا عبيدا ورجعوا وما اذا رجعوا فقط والتعزير بهم فاتفاق وقول صاحب المجمع ولو عبدا ان شهدوا فرجموا ثم ظهروا واحد هم عبيدا فالضمان على المزكين ان تعمدوا وقالا في بيت المال ولو رجع المزكون عزروا لا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في محل رجوعهم بل افاد مجرد الاتفاق على التعزير فالاشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف ولا يفرد الظهور بتضمين الخلاف بل الاتفاق انه في بيت المال كما سيذكره ويفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه اما هو على هو في بيت المال وبه يزول الاشكال عنه غير ان من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجب الضمان على الخلاف ولم يذكر في الاصول كالجامع والاصل **قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه الخ** اقتداء بما في كافي حافظ الدين فقال ان شهد اربعة على رجل بالزنا فامر الامام برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ لا شيء عليه وان قتله عمد بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف فالقياس ان يجب القصاص لانه قتل نفسا محقون الدم عمدا لكنه لما ظهر عن الشهود عبيد تبين ان القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المأمور به الرجم وهو قد حرر رقبته فلم يوافق امر القاضي ليصير فعله مقولا له فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان يجب الدية لان قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحا فادرئت شبهة الاباحة وهذا لانه لو تعذر ظاهرا وباطنا يثبت حقيقة الاباحة فاذا نفذ من وجه دون وجه يثبت شبهة الاباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة يعني فيقتص منه في العمد فصار كمن قتل انسانا على ظن انه حربي وعليه

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر شرائطه لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليها وهذا الوطء فيها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي هو على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وقد مر وهو يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية يتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا فانه لا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الحصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهد وا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكروا لان العتق يثبت شيئا فشيئا فلا يثبت بسبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

ثم اذا ثبت احصانه رجم وعليه الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب موجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فاشبه الثمن وما في الكتاب لا يخفى بعد ذلك وقوله وان رجم ضبطه الاباذغة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره الى الرجل في قوله فضرب رجل عنقه ويطابق قول السرخسي في المبسوط واما في مبسوط شمس الائمة حيث قال فيه وان كان هذا الرجل قتله رجام وجدوا عبيدا تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا يعني في مسئلة الجلاد اذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم كذا هذا اي الرجل القاتل بالرجم بعد امر القاضي بخلاف ما اذا ضرب عنقه ثم ظهروا عبيدا تجب الدية في ماله كما ذكرنا لانه لم يأتمر امره فلم ينتقل فعله اليه كما ذكرناه آنفا ولهذا يؤدبه على القتل بالسيف ولا يؤدبه منها لانه لم يخالف قوله واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا بعد ما نظرنا الى فرجها قبلت شهادتهم وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك واحمد لانه ضرورة ثبوت القدرة على اقامة الحسبة والنظر الى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنظر القابلة والخاتن والطبيب وعندي الخلاصة مواضع جل النظر الى العورة للضرورة فتراد الاحتمالان والمكارة في العنة والرتق والقرن في حق المرأة اولى وان لم توجد ستة ما قرار موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا بعد ما نظرنا لشهوة لا تقبل اجماعا ونسب الى بعض العلماء انه لا تقبل شهادتهم الا اذا لم يتيقنوا بكيفية النظر فيتحمل انه وقع اتفاقا قلنا لا قصدا وقلنا النظر يباح للحاجة على ما قلنا قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم قال المصنف معناه انه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر شرائط الاحصان اي شرائط الاحصان لان الحكم شرعا بثبوت النسب منه حكم بالدخول على ما سيأتي وكذا لو طلقها طلقة تملك الرجعة وكانت غير مدخول بها بانت بالواحدة البصريحة والغرض انهما مقران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشهود فاقرارهما اولى وعلى كون المعنى ما ذكره المصنف من ان الغرض وجود سائر شرائط الاحصان يدخل فيه ما ان بينهما نكاحا صحيحا فما عن الائمة الثلاثة الشافعي ومالك واحمد من انه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول على وجه الصحة ليس بخلاف لان الغرض انها امرأته لا يكون من وطء بشبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لان النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا موكدا على وجه الدوام والاستقرار كما يفيده قوله وله امرأة قوله فان لم تكن ولدت له وشهد عليه الخ والمقصود من هذا ان الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد الا ان المبنى مختلف فعندهم شهادتهن في غير الاموال لا تقبل وعندنا قبلت الا انه يقول الاحصان شرط في معنى العلة والشأن في اثبات انه في معنى العلة وما نفيه لانه المدار فقال لان التغليظ العقوبة تثبت عنده بخلاف الشرط المحض فاشبهت حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتياطا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم وهو محصن انه اعتقه قبل زناه لا تقبل مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة لما ذكرنا من انه شرط في معنى العلة فصار كشاهد ويمين على زناه اذا كان المقصود تكميل العقوبة ولزم من اصله هذا وهو انه شرط في معنى العلة انه اذا رجع شهود الاحصان لا يضمنون عنده وعندنا يضمنون اذا كان علامة محضة ولنا في نفي انه في معنى العلة ان الاحصان ليس الا اعتبار عن خصال حميدة بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها مفروض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول في

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وریحها موجودة او جاؤا به سکران فشهد علیه بذلک فعلیه الحد وکذلک اذا اقر وریحها موجودة لان جنایة الشراب قد ظهرت ولم یتقادم العهد والاصل فیه قوله علیه السلام ومن شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه

فلا یتصور کونها سببا للعقوبة ولا سببا لسببه فان سببها المعصیة والاحصان لسبب الموضع مانع من سببیة العقوبة لانه سبب لقضد سببها وهو الطاعة والشکر فیستحیل ان یکون فی معنی علة الحکم وهو مانع لسببه فالسبب لیس الا الزنا الا انه یخالف الحکم ففی حال الاحصان حکمه الرجم وفی غیره الجلد فکان الاحصان الحق علی الزنا تعرفا بخصوص الحکم الثابت بالزنا اعنی خصوص العقوبة والعلامة المحضة قط لا یکون لها تاثیر فلا یکون علة ولا فی معناها فکیف یضاف الحکم الیها فظهر ان الواقع ان الاحصان یثبت بعجه بالزنا عقوبة غلیظة وبالشهادة یظهر ما یثبت بالزنا عند الحاکم فلما لم یکن سببا للعقوبة ولا علة جاز ان یدخل فی اثبانة شهادة النساء کما لو شهد تامع الرجل جاز ان یدخل فی اثبانة شهادة النساء کما لو شهد تامع الرجل بالنکاح من غیر هذه الحالة والدخول فی غرض آخر کتکمیل المهر حتی یثبت احصانه ثم اتفق ان شهد علیه بالزنا لیس انه یرجم کذا اذا شهد تا بخلاف ظهور الزنی به فکما ثبت قبله لعدم کونه سببا کذا بعده وصار کما لو علق عتق عبده بظهور زنی فلان علیه فشهد اثنان بالدین عتق العبد ولا یضاف العتق الی الشهادة بالدین بل الی المعلق کذا هذا لا یضاف الرجم بعد الشهادة بالاحصان الی هذه الشهادة بل الی الزنا بخلاف ما ذکر لان العتق یثبت بشهادة الذمیین علی الذمی بشهادتهما علیه بالاعتاق وانما لا یعتق بسبق التاریخ لانه یتکره العبد المسلم اذ یتصور به فلا ینفذ شهادتهما علیه لانه تتغلظ العقوبة فتضیر مائة بعد ان کانت خمسین واستشکل کونه لیس فی معنی العلة للحد بانه لو اقر بالاحصان ثم رجع عنه صح رجوعه کالزنا ولذا لا یقبل بینة الاحصان حتی یدعوی فیجب ان یشترط فی الشهادة به المذکورة کالتزکیة عند ابی حنیفة اجیب بان صحة الرجوع لا یتوقف علی کون المقر به علة للعقوبة بل علی کون المقر به لا یکذب فیه اذا رجع عنه ولا یکذب له فی سبب الحد بخلاف الاقرار بالدین فان المقر له یکذبه فی رجوعه وانما صحت الحسبة فیه لانه من اظهار حق الله تعالی والمانع من شهادة النساء لیس هذا القدر بل کونه سببا لاصل العقوبة فحین تثبت العقوبة بشهادة الرجال بسببها کان کالشهادة علی عتق الامة تسمع بلا دعوی عند ابی حنیفة لتضمنه تحریم الفرج فروع من المبسوط شهد اربعة علی رجل بالزنا فانکر الاحصان انه تزوج امرأة نکاحا صحیحا ودخل بها یثبت الاحصان فیرجم وعند محمد لا یثبت فلا یرجم کما لو شهدا انه اقر بها او آلاها اذ لیس بصریح وهذا لان الدخول یراد به الجماع ویراد به الخلوة ولا یثبت الاحصان بالشک ولهما ان الدخول یراد به الجماع عرفا مستمرا حتی صار یتبتا برسم النکاح والتزویج والنساء قال تع من نسائکم اللاتی دخلتم بهن فلا اجمال فیه عرفا فکانت کشادتهم علی الجماع ولو شهد اربعة علی الزنا بفلانة واربعة غیرهم شهدوا به امرأة اخری فرجم فرجع فریقان ضمنوا دیتها اجماعا وحدوا للقذف عند ابی حنیفة وابی یوسف وعند محمد لا یحدون لان رجوع کل فریق معتبر فی حقهم لا فی حق غیرهم فصار فی حق کل فریق کان الفریق الآخر ثابت علی الشهادة ولهما ان کل فریق اقر علی نفسه بالتزام حد القذف لان کل فریق یقول انه عفیف قتل ظلما وانهم قذفه بغیر حق ولو شهد اربعة علی رجل بالزنا فقرره به حد عند محمد لان البینة وقعت معتبرة فلا یبطل ای باقرار معتبرا ذ الاقرار مرة هذا کالعدم وعند ابی حنیفة وابی یوسف لا یحد وهو الاصح لان شرط قبول البینة انکار الخصم وهو مقرر لاحکم لاقراره فبطل الحد ولان الاقرار وان فسد حکما فصورته قائمة فیورث شبهة

باب حد الشرب قدم حد الزنا علیه لان سببه اعظم وجبر ما ولذا قال حد واشد واخر عنه حد القذف المتیقن بسببه بخلاف حد القذف لان سببه وهو القذف قد یکون صدقا وآخر حد السرقة وان کان اشد لان شرعیته لصیانة اموال الناس وصیانة الانساب والفعل اکد من صیانة المال بقی انه آخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقایة النفس عن کل ما تکره **قوله** ومن شرب الخمر

فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحد وكذلك اذا شهد عليه بعد ما ذهب ريحها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه عند ابي حنيفة رح يعتبر بالزمان عنده وعندهما يعتبر بالزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل لمن سمع يقولون لي انك شربت مدامة ؛ فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا ؛ وعندهما يقدر زوال الرائحة بقول ابن مسعود رض فيه فان وجد ريح الخمر فاجلدوه وكان قيام الاثر من اقوى دلالة على الشرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجاهل

فاخذ اي الى الحاكم وريحها موجود وهو غير سكران منها ويعرف كونه سكران بطريق الدلالة او سكران اي جاء وا به الى سكران من غير الخمر من النبيذ فشهد الشهود عليه بذلك اي بالشرب في الاول وبوجود السكر منها في الثاني وهو السكر من غيرها فانه يحد والشهادة بكل منهما مقيد بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب ان تثبت عند الحاكم ان الريح قائم حال الشهادة وهو بان يشهد به والشرب او يشهد به فقط فيما مر القاضي باستنكاهه فيستنكهه ويخبره بان ريحها موجود واما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد ان يشهدا بانه يشهد ويقولا اخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم اخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعد ما علمنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا لان الحد لا يجب عند ابي حنيفة وابي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد في الثاني ان يشهدوا بانه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر وكذلك عليه الحد اذا اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت بالبينة والاقرار لم يتقادم العهد والاصل في ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه الى ان قال فان عاد الرابعة فاقتلوه اخرجه اصحاب السنن الا النسائي من حديث معاوية ورد من حديث ابي هريرة اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر الخ قال الترمذي سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث ابن صالح عن معاوية اصح من حديث ابي صالح عن ابي هريرة رض وصححه الذهبي ورواه الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم نسخ القتل اخرج النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن اسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ قال ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد في لفظه فرأى المسلمون ان الحد قد وقع وان القتل قد رفع رواه البزار في مسنده عن ابي اسحاق ازعليه السلام اتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلثا فامر به فضرب فلما كان في الرابعة امر به فجلد الحد فكان النسخ ورد وي ابو داود في سننه قال ثنا احمد بن عبدة الضبي ثنا سفيان قال الزهري انبانا قبيصة بن ذويب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة او الرابعة فاقتلوه فاتي برجل قد شرب فجلده ثم اتي به فجلده ثم اتي به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة قال سفيان حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما يكونا وافدي اهل العراق بهذا الحديث انتهى وقبيصة في صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا احسن مما اثبته به المصنف في كتاب الاشربة من قوله عليه السلام لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ لعم يمكن ان يوجد بالنسخ الاجتهادي تعارض فيه القتل فترجح النافي له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض قوله وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها او ذهب السكر من غيرها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه اي هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا انه سنة اشهر او تفوض الحد الى راي القاضي او لشهر وهو المختار وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان بلا شك بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل لي يقولون لي انكم قد شربت مدامة ؛ فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وانكه يوزن امنع فكمه من بابة اي الظهر رائحة فمه وقال الآخر سفرجلة يحكي شذى النوافج لها عرف ذي فسق وصفرة زاهر فتظهر ان رائحة الخمر مما يلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الاحكام بوجودها ولا بد بها ولو سلمنا

واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد ره كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رض ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رض وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

انما تلتبس على ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول يفيد قبولها لعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الاداء تأخيرا لبعيد تفريطا وذلك منتف في تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة اجاب المصنف وغيره بواحد وان اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قوله ابن مسعود رض وهو ما روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر عن ابي ماجد الحنفي قال جاء رجل بابن اخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه مرمروه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد به من الغد وعا بسوطا ثم امر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت ورة ثم قال للجلاد اجلد واوجع يديك واعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه اسحاق بن راهويه اخبرنا جرير بن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابر به ورفع دفع بان محل النزاع كون الشهادة لا تعمل بها الا مع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهاده منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت ادائها بل ولا اقرار انما فيه انه عده لظهور الرائحة بالترترة والمرمرة التحريك يتكلفان والترترة والثلثة التحريك وهما تابعان شنا تين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا بعيد مسافة الخطو خوج شمردل تقطع انفاس المهاري تلابة اي حركاته والمسافة جمع مسافة والخوج بالعين المعجمة الواسع الصدر ومعنى تقطيع تلابة انفاس المهاري انه اذا بارى في السير ظهر في انفاسها الضيق والتتابع لما يجدها وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود رض انه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا انزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احسنت فبينما هو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال اتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد فخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر رض بن الخطاب انه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر وفي لفظ ريح شراب والحاصل ان حده عند وجود الريح مع عدم البينة والاقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع احدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول الشافعي ورواية عن احمد والاصح عن الشافعي واكثر اهل العلم نفيه وما ذكرنا عن عمر يعارض ما ذكر عنه غرر من وجد منه الرائحة ويرجح لانه اصح وان قال ابن المنذر ثبت عن عمر رض انه جلد من وجد منه ريح الخمر الحد تاما وقد استبعد بعض اهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو ان الاصل في الحدود اذا جاء رضا جهما مقر ان يراد ويدرء ما استطيع فكيف يامر ابن مسعود بالمرمرة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيجده فان صح فتاويله انه كان رجلا مولعا بالشرب مدمنا عليه فاستجاز ذلك فيه واما قوله ولان الرائحة من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب ثم اجاب عما يتوهم من ان الرائحة مشتبهة بقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال فليس بمفيد لان كونها دليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها فيلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم لان القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لان ذلك حين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ان اراد ان اعتبار القرب بالرائحة وهو محل النزاع فمقول محمد هو الصحيح قوله واما الاقرار والتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا لا يبطل الاقرار بالتقادم اتفاقا على ما مر تقريره من ان البطلان للتهمة والامن لا يتهم على نفسه وعندهما لا يقام الحد على المقر بالشرب الا اذا اقر عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رض ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رض

فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه او هو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فانه يقام عليه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر يكثر بعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم به في مثله ومن سكر من النبيذ حد

وقد شرط قيام الرائحة على ما رويناه يعني انه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه في غيرها بالاصل لا مضافا الى لفظ الشرب واما اضافة ثبوته على الاجماع بعد قوله والاصل فيه قوله عم الخ فقيل لانه من الآحاد ومثله لا يثبت الحد والاجماع قطعي ولا يخفى ان هذا ذهب الكرخي فاما قول الخصاص وهو قول ابي يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصري انه لا يثبت به اشكل عليه جعله اياه اول الاصل فان لم يره اشكل لنسبة الاثبات الى الاجماع وانت علمت انه انما الزم قياما عند الحد بلا اقرار ولا بينة كما هو ظاهر ما قدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقراره فليبين في الرواية وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال هو اعظم عندي من القول ان يبطل الحد بلا اقرار واذا اقر وقيم عليه الحد وان جاء بعد اربعين عاما

قوله فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران من غيرها او ريح ذلك الشراب يوجد منه وذهبوا به الى مصر فيها الامام او مكان بعيد فانقطع ذلك اي الريح قبل ان ينتهوا به اليه حد في قولهم جميعا لان التاخير الى انقطاعها لعذر بعد المسافة فلا يتهم في هذا التاخير والاصل ان قوما شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فاقام عليه الحد **قوله** ومن سكر من النبيذ حد فالحد انما يتعلق في غير الخمر من الاشربة بالسكر وفي الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الائمة الثلاثة كلما اسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عم كل مسكر خمر رواه مسلم فهذان مطلوبان ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع اما السماع فتارة بالاستدلال على ان اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك فمن الاول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر رض نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما في مسلم عنه عم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفي رواية احمد وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام واما ما يقال ان ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شيء من كتب الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة الا البخاري عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفي الصحيحين من حديث انس كنت ساقي القوم يوم حرمت الخمر وما شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر وفي صحيح البخاري قول عمر رض الخمر ما خامر العقل واذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب بثبوته في الخمر لانه مسمى الخمر لكن هذا كلها محمولة على التشبيه بحذف اداته فكل مسكر خمر كزيد اسد اي في حكمه وكذا الخمر من هاتين او من خمسة هو على الاوعاء حين اتخذ حكمها بها جاز تنزيلها منزلتها في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات اللغوية والعرفية يقول السلطان هو فلان اذا كان فلان فذا الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه اي المحرم لم يقتصر على ما ذكر العنب بل كلما كان مثله من كذا وكذا فهو هو لا يراد الا الحكم ثم لا يلزم في التشبيه عموم وجه في كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التي هي غير الخمر بل يصح الجعل المذكور فيها ثبوت حرمتها في الجملة اما قليلها وكثيرها او كثيرها المسكر منها وكون التشبيه خلاف الاصل يجب المصير اليه عند الدليل عليه وهو ان الثابت في اللغة من تفسير الخمر بالتي من العنب اذا اشتد وهذا مما لا شك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد ليطول الكلام بايراده ويدل على ان النخل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رض حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء اخرجه البخاري في الصحيح ومعلوم انه انما اراد ما ذكر العنب لثبوت انه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول انس وما شرابهم يومئذ اي يوم حرمت الا الفضيخ البسر والتمر فعرف

لما روى ان عمر رض اقام الحد على اعرابي سكر من نبيذ وبين الكلام في حد السكر ومقداره عند المستحق عليه ان شاء الله تعالى

انما اطلق هو وغيره فيه الحمل لغيرها عليها بهو هو كان على وجه التشبيه واما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى ابو داود والترمذي من حديث عائشة رض عنه عم كل مسكر حرام وما اسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام وفي لفظ الترمذي فالحسوة منه حرام قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه واجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن ابي وقاص انه عم نهى عن قليل ما اسكر كثيره اخرجه النسائي وابن حبان قال الترمذي انه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو احد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن عامر بن سعد بن ابي وقاص فقد احتج به الشيخان وحينئذ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الاخير لان صريح هذه الروايات القليل وما اسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هي الشربة التي اسكرتك اخرجه الدارقطني ضعيف فيه الحجاج بن ارطاة وعمار بن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعني النخعي واسند الى ابن المبارك انه ذكر له حديث ابن مسعود رض هذا فقال حديث باطل على انه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما اسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روى عن ابن عباس رض من قوله حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب لم يسلم هو طريق جيدة بني عن ابن عون عن ابن سداد عن ابن عباس رض حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب وفي لفظ وما اسكر من كل شراب قال وهذه اولى بالصواب من حديث ابن بشر مته فهذا انما فيه تحريم الشراب المسكر واذا كانت طريقة اقوى وجب ان يكون هو المعتبر ولفظ السكر تصحيف ثم لم يثبت ترجح المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الا بسمع او بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا ولاصحابنا فيه منع خصوصا وعموما اما خصوصا فمنعوا ان حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عم حرمت الخمر بعينها والمسكر الخ وفيه علمت ثم قوله بعينها ليس معناه ان علة الحرمة عينها بل ان عينها حرمت ولذا قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان المراد ما ذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكره في الاشربة من نفي تعليلها بالاسكار لان لم يذكره الا لنفي ان حرمتها مقيدة باسكارها اي لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى يثبت العلة وهي الاسكار او منظورة من الكثير لان حرمتها ليست معللة اصلا بل هي معللة بانه رقيق ملذ ومطرب يدعو قليله الى كثيره وان كان القدوري مصرا على منع التعليل اصلا ونقض رحمه الله هذه العلة بان الطعام الذي يضره كثيره لا يحرم قليله وانكان يدعو الى كثيره لكن المصنف ذكر في كتاب الاشربة ما يفيد ما ذكرنا فانه قال في جواب الحاق الشافعي حرمة المثلث المعنى بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا ان اعتبار دعاية القليل الى الكثير في الحرمة ليس الا لحرمة السكر ففي التحقيق الاسكار هو المحرم بابلغ الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلوة واتيان المفاسد من القتل وغيره كما اشار النص الى علتها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت بالقياس عندهم وهو ما ذكرنا من المنع على العموم فاذا فلم يثبت الحجر والشرب من غير الخمر ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ما قدمناه من حديث ابي هريرة رض فاذا سكر فاجلدوه

ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار فلا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد

الحديث فلو ثبت به حل ما لم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم فموجبه ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب ان يحمل على السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر يفيد فائدة التقييد بالسكران في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد لغيرها انه لا يحد منها حتى يسكر واذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر بالاصل حتى يثبت ما يخرجه عنه ومنها ما روى الدارقطني في سننه ان اعرابيا شرب من اداوة عمر نبيذا فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابي انما شربته من اداوتك فقال عمر رضي الله عنه انا جلدناك بالسكر وهو ضعيف لسعيد بن ذي لغوه ضعيف وفيه جهالة وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال بلغني ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه سار رجلا في سفر وكان صائما فلما افطر اهوى الى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له عمر انما جلدناك لسكرك وفيه بلاغ وهو عندي انقطاع واخرج الدارقطني عن عمران بن داور عن خالد بن دينار عن ابي اسحاق عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي برجل فذكر سكر من نبيذ تمر فجلده وعمران بن داور بفتح الواو فيه مقال وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي ان رجلا شرب من اداوة علي رضي الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي عن علي نحوه وقال فضربه ثمانين وروى ابن ابي شيبة ثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن ابن عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس رضي الله عنهم قال في السكر من النبيذ ثمانون فهذه وان ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه الى الحسن مع ان الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف انما هو في الحد بالقليل غير ان هذه الادلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمصنف قيد وجوب الحد بقوله ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد فقد ذكرنا انه يتخذ من الجبوب كلها والعسل يحل شربه عند ابي حنيفة يعني اذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ولا يقع طلاقه اذا طلق سكران منها كالنائم الا ان المصنف في كتاب الاشربة قال وهل يحد في المتخذ من الجبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد وانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا انتهى وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنا لان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن ابي حنيفة وستيان انهما سيكلفان من شرب البنج فارتفع الى رأسه وطلق امرأته هل يقع قالا ان كان ليعلمه حين شربه ما هو يقع **قوله** ولا حد على من وجد به ريح الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة فلا يثبت مع الاحتمال ما يندرئ بالشبهات وكذا الشرب قد يكون عن الاكراه فوجوده عينها في القئ لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب واورد عليه انه قال عن قريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس قال وتكلف بعضهم في توجيهه يريد به صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال ولقائل ان يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فاذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي ان يحد ولم يقل به احد ونقل ايضا عنه ان التمييز لا يعاينه ناظر فيه بان من عاين الشرب مبني على يقين لا على استدلال وتخمين وصاحب الهداية

ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الخمر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رض

اثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان انتهى فبقي الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على انه خمر بالرائحة فكون المصحح التمييز يفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان ثم لا شك ان كون الشيء محتملا لا ينافي ان يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز ان يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التمييز بالاستدلال ولا شك ان المنظور اليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء اما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والقيء فظاهر وطريقه انه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدل عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها واما في الموضع الاول فلا شك ان في اثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والاقرار درءا كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكائن للدرء الا باعتبار امكان تمييز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد في الاستدلال فان كان ملزوما لشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بهما في ازمنة كثيرة متباعدة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود حين اشترط ذلك وصحت طريقة مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلا صحيح في موضعه فدرء الحد في مجرد الرائحة والقيء الاحتمال ووردت الشهادة بلا رائحة اذا لم يكن التمييز الا مع الاحتمال **قوله** ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وهذا اجماع الائمة الاربعة لان غيبوبة الفعل او غلبة الطرب والشرح تخفف الالم حتى حكي ان بعض المتصابين استدعوا السنانا ليضحكوا عليه به اخلاط ثقيلة لزوجة بركبتيه لا يقلعها الا بكلفة ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين مما رجا ليس بصحيح والا فصح هذه الجمرة على ركبتك فاقدم ووضعها حتى اكلت ما هناك من لحم وهو لا يلتفت حتى طفئت او ازالتها بعض الحاضرين الشك مني فلما افاق وجد ما به من حرارة النار البالغة ورمت ركبته مكث بها مدة الى ان برئت فعادت بذلك الكي البالغ في غاية الصحة والنظافة من الاخلاط وصار يقول يا ليتها كانت في الركبتين ثم لم يستطع اصلا في حال صحوه ان يفعل مثل ذلك بالاخرى لتستريح من المها ومنظرها واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدة الاحال الصحو وتاخير الحد لعذر جائز **قوله** وحد الخمر والسكر اي من غيرها ثمانون سوطا وهو قول مالك واحمد وفي رواية عن احمد وهو قول الشافعي اربعون الا ان الامام لو راى ان يجلده ثمانين جاز على الاصح واستدل المصنف على تعيين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وارديتنا حتى كان اخر امرة عمر فجلد اربعين حتى عتوا او فسقوا جلد ثمانين واخرج مسلم عن انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد ابو بكر اربعين فلما كان عمر دنى الناس من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ارى ان تجعله ثمانين كاخف الحدود فجعله عمر ثمانين وفي الموطا ان عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن ابي طالب ترى ان تجلده ثمانين فانه

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبد اخذه اربعون كان الرق منصفا على ما عرف

اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من علي رضي الله عنه وعبد الرحمن بن عوف اشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة على هذا واخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس رضي الله عنهما ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالايدي والنعال والعصا حتى توفي فكان ابو بكر يجلدهم اربعين حتى توفي الى ان قال عمر ما ذا ترون فقال علي رضي الله عنه اذا شرب الخ وروى مسلم عن انس قال اتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين وفعله ابو بكر رضي الله عنه فلما كان عمر رضي الله عنه استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف اخف الحدود ثمانون فامر به عمر فيكمن بجريدتين متعاقبتين بان انكسرت واحدة واخذت اخرى ولا ترهى ثمانون ويكون مما راى عمر في ذلك الرجل وقول الراوي بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك فان حاصله انه استشار فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى عليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان قوله وفعله ابو بكر بعيده والا لزم ان ابا بكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد ان عمر هو الذي جلد الثمانين بخلاف ابي بكر والله اعلم وقد اخرج البخاري ومسلم عن علي رضي الله عنه قال ما كنت اقيم على احد حدا فيموت فيه فاجد منه في نفسي الا صاحب الخمر لانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسنه فيه حدا معينا والا فمعلوم قطعا انه صلى الله عليه وسلم ضربه فهذه الاحاديث تفيد انه لم يكن مقدرا في زمنه عليه السلام بعدد معين ثم قدره ابو بكر رضي الله عنه وعمر رضي الله عنه باربعين ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم ان يجمعوا على التعيين والحكم المعلوم منه عليه السلام عدم التعيين لعلمهم بانه عليه السلام انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم رأوا اهل الزمان تغيروا الى نحوه واكثر على ما تقدم من قول السائب حتى عتوا وفسقوا وعلموا ان الزمان كلما تاخر كان فساد اهل الشر فكان ما اجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه السلام في امثالهم واما ما روي من جلد علي رضي الله عنه اربعين بعد عمر رضي الله عنه فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رضي الله عنه اتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد انه راه شربها وشهد الآخر انه راه يتقيأها فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي قم عليه الحد فقال علي للحسين قم عليه الحد فقال ول حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط فجلد وعلي يعد الى ان بلغ اربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم اربعين وجلد ابو بكر رضي الله عنه اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي **قوله** ويفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا ولقول من قول ابن مسعود رضي الله عنه للضارب اعط كل ذي عضو حقه يعني ما خلا الوجه والرأس والفرج وعند ابي يوسف يضرب الرأس ايضا وتقدم **قوله** ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا اي الشرع اظهر التخفيف مرة بنقصان العدد ولا يعتبر ثانيا بعد التجريد والاقارب المقصود من الازجار للفوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفها الروث والبعر للضرورة قلنا الضرورة قد اثرت في النقال مرة فتكفي مؤنتها فلا تخفف مرة اخرى وله ضده في الصلوة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولان السفر قد اثر في اسقاط شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في الطهارة ان لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده اولا من حيث هو وجوده والمعول عليه في كل موضع الدليل وتقدم **قوله** وان كان عبدا فحده اربعون على ما عرف من ان الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا

ومن اقر بشرب الخمر او السكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى وتثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رحمه الله يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة وقال العبد الضعيف هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو الذي يهذي ويخلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشائخ رحمهم الله يؤخذ في اسباب الحدود بادناها درء اللحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع احد بالاحتياط والشافعي رحمه الله يعتبر طهوريته في مثليه وحكايته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره

ان حد العبد اربعون ومن قال حده اربعون قال حد العبد عشرون **قوله** ومن اقر بشرب الخمر والسكر مرتين وهو عصير الرطب اذا اشتد ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تع ولا كذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا يصح ضم سببه لان اقراره بالسكر من غير الخمر اما في حال سكره ولا يعتبر اقرار السكر كما سيأتي او بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه **قوله** وتثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت باقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وقوله سنبينها هناك اي سنبين هذه المسئلة في الشهادات ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ولا نعلم في ذلك خلافا لان فيها شبهة اي في شهادة النساء شبهة البدلية لقوله تع فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقة بالاجماع لانها لو شهدت تامع رجل مع امكان رجلين صح اجماعا وفيه تهمة الضلال لقوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وفي الكشاف ان تضل اي لا تهتدي الشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احداهما الاخرى اي تنزيل نسيانها **قوله** والسكران الذي يحد لسكره من غير الخمر عند ابي حنيفة هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا او لا يعقل الرجل من المرأة زاد في الفوائد الظهيرية ولا الارض ولا السماء وقالا هو الذي يهذي ويخلط وبه قال الائمة الثلاثة ولم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف والمراد ان يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران في العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شيء واليه مال اكثر المشائخ واختاره للفتوى لان المتعارف اذا كان يهذي سمي سكرانا وتايد بقول علي اذا سكر هذى ولابي حنيفة رحمه الله يؤخذ في اسباب الحدود بادناها درء لدليل الالزام في شهادة الزنا ان يقول كالميل في المكحلة وفي السرقة بالاخذ من الحرز التام لان فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرئ الحد واما في ثبوت الحرمة فما قالا فالاحتياط في امر الحدود في الحرمة وانما اختار وللفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك انه حيث قال يؤخذ في اسباب الحدود بادناها فقد سلم ان السكر يتحقق قبل الحالة التي عينها وانه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما انيط في الدليل الذي اثبت حد السكر بما يسمى سكرا الا بالمرتبة الاخيرة منه على ان الحالة التي ذكر قلما يصل اليها سكران فيودي الى عدم الحد بالسكر وقوله من دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ممنوع بل اذا حكم العرف او اللغة بانه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بانه سكران بلا شبهة صحو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في انه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكر يبقى الحد لا ثبوت شبهة صحو وروى بشر عن ابي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا ايها الكافرون ولا شك ان المراد ممن يحفظ القرآن او كان حفظها فيما حفظه منه لا من لم يدرسها اصلا قال بشر انه قال لابي يوسف كيف امر بها من بين السور فسكت يخطئ فيها العاقل الصاحي قال لان الله بين ان الذي عجز عن قرآنها سكران يعني به ما في الترمذي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلوة فقدموني فقرات قل يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون فانزل الله تع يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغي ان يعول على هذا بل ولا يعبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرا قل

ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته

يا أيها الكافرون يقول لا أعبدها الآن بل يندفع قاريا فيعبدها الى الكفر ولا ينبغي ان يلزم احد بطريق ذكرناه كفر وان لم يوافق به نعم لو تعين طريقا لاقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فان معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم سهل ما ذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى لمن لم يحسنها لا يوجب قصر العرف عليه وعرف مما ذكر ان من استدل لابي حنيفة رضه بهذه الآية على ان السكر هو ان لا يعقل منطقا الخ غريق في الخطأ لانها في علي واصحابه ولم يعمل سكرهم الى ذلك الحد كما علمت من انهم ادركوا الوجوب وقاموا للاسقاط وجعلهم سكارى فهي تفيد من قوله واما قوله ع حتى تعلموا الآية فانما اطلق لهم الصلوة حتى يصح كل الصحو بان يعلموا جميع ما يقولون حسنه ان يبدلوا البعض بما يقولون وليس منه اي من مراتب السكر كذا وكذا بل ان من وصل الى ذلك الحد الذي كانوا فيه يسمى سكرانا وكون المقدار الذي هو سبب الحد ما هو لا تعرض له بوجه وقول المصنف والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطواره يفيد ان المراد من الاجماع في قوله والمعتبر في القدح السكر ما قالا دون الاجماع الاجماع المذهبي والا لم يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما واعترضه شارح بانه قلده فخر الاسلام وفيه نظر فان الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جدا وان قل ولا يعتبر السكر اصلا ولا يخفى انه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر مطلقا ما هو اعتقاد الناقل ان الشافعي يحد بالسكر بل الحاصل انه لما قال يحد بالسكر عنده احد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعي مفصلا عن الامام اي هو باعتبار اقتضائه الحد هو اقتصاره باعتبار حجر والحرمة هو ما ذكرت وجاز ان يكون بعض من فسر السكر بسكر لا يحد وانما فسره باعتبار آخر كان حلف بطلاق او عتاق ليشربن حتى يسكر فيجده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم البطلة بان هذا لا يتفاوت اي لا ينضبط فكم من صاح تمايل ويزلق في مشيه وسكران ثابت لا ينضبط لا ينضبط به وان الذي وقع في كلامهما على بعضهم الصحابة الاعتبار بالاقوال لا بالمشي حيث قال اذا سكر هذا الخ قوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه اي بالحد والخالصة حقا لله تع كحد الزنا والشرب والسرقة الا انه يضمن المسروق وقيدنا بالاقرار لانه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره وبالسرقة يحد بعد الصحو ويقطع انما لا يعتبر اقراره في حقوق الله تع لانه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم ان السكران لا يثبت على شيء وذلك الاقرار من الاشياء والاقوال التي يقولها فهو محكوم بانه لا يثبت عليه ويلزم المحكم بعد صاحبه بانه رجع عنه هذا مع زيادة شبهة انه يكذب على نفسه مجنونا وتهتكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندرئ عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فانه مواخذ به لان غاية الامر ان يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذي ينبغي ان يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الاقرار بالحدود على قول ابي حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لانه ادرأ للحدود ومنه لو اعتبر كقوله فيه في ايجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران كالصاحي فيما فيه حقوق العباد عقوبة عليه لانه ادخل الآفة على نفسه فاذا اقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغي ان يكون معناه انه اقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الابندة المحرمة او مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فبمجرد سكره لا يحد لاقراره بالسكر

قوله ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي ظاهر الرواية تكون ردة

باب حد القذف

وكذا يؤاخذ بالاقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها لانها لا تقبل الرجوع **قوله** ولو ارتد السكران لا تبين امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد والاستحقاق وباعتبار الاستحقاق حكم بكفر الهازل بل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استحقاق لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضي ان السكران الذي لا تبين امرأته هو الذي لا يعقل منطقا كقول ابي حنيفة في احد وجهيه والظاهر انه كقولهما وكذا لم ينقل خلاف في انه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع انهما لم يفسرا السكران بغير ما تقدم عنهما فوجه ان ابا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك في السكران احتياطا لدرء الحد ولا شك انه يجب ان يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه فعلى المفتي ان يميل اليه ويبني عليه فلو اعتبر في اعتبار عدم ردته بالتكلم بما هو كفر اقصى السكر كان احتياطا لتكفيره لانه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم اما فيما بينه وبين الله تع فان كان في الواقع قصد ان يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا فان قيل هذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر دركه قائما حتى خاطبه في حال سكره وذلك لان قوله تع لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى يتضمن خطاب السكارى لانه في حال سكره مخاطب بان لا يقربها بذلك والا لجاز له قربانها وان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدته اصلا فهو خطاب الصاحي ان لا تقربها اذا سكر فالاستثناء مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل درك شيء ما او لا كالنائم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولا شك ان تحقق الخطاب ولا درك ليس الا عقوبة اذ تلزمه الاحكام ولا علم له بما يصدر منه فاعتبار دركه زائلا في حق الردة لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد والاستحقاق اعتبار مخالف لاعتبار الشرع في حقه فلنا ثبت من الشرع ما يقتضي انه بعد ما عقبه بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في اصل الدين رحمة عليه في ذلك خصاصة وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف بالمتقدم فانه لم يحكم بكفر القارىء مع اسقاط لفظة لا من قل يا ايها الكافرون ولا شك ان ذلك السكر الذي كان بهم لم يكن بحيث درك اصلا لا يرى الا انهم ادركوا وجوب الصلوة وقاموا الى الاداء فعلمنا ان الشارع رحمه الله في اصل الدين وعاقبته في فروعه ولهذا صححنا اسلامهم ولولا هذا الحديث لقلنا بردته فان لم يكن له درك لم تصح من الكافر اسلامه مما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذي ذكرناه وهو ان هذا السكران الذي وقع منه كلمة ردة ولم يصل الى اقصى السكران كان من غير قصد اليها كما قرأ على قل يا ايها الكافرون فغير فليس بكافر عند الله ولا في الحكم وان كان مدركا لها قاصدا مستحضرا لمعناها فانه كافر عند الله تع بطريق تكفير الهازل وان لم يحكم بكفره في القضاء لان القاضي لا يدري من حاله الا انه سكران يتكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره والله اعلم

باب حد القذف تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده والقذف لغة الرمي بالشيء وفي الشرع الرمي بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تع ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عم اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هي يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله واكل الربوا واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات متفق عليه وعنه عم من اقام الصلوة الخمس واجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيمة ليدخل من اي ابواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تع والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والمراد الرمي بالزنا حتى لو رماه بسائر المعاصي غير الكفر لا يجب الحد

واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النعت اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو يختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف للزنا قال ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا

بل التعزير وفي النص اشارة اليه اي الى ان المراد الرمي بالزنا وهو اشتراط اربعة من الشهود يشهدون عليها بمارأوا عليه بلفظ هو به صدقه فيما رأوا به ولا شيء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة اربعة الا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بالغناء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال رفع عار منسوب اليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت اهلية الاجتهاد

قوله اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا بان قال زنيت او يا زاني وطالبه المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان القاذف حرا وان كان عبدا حد اربعين سوطا شرط الاحصان في المقذوف وهو ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وانه يحد قاذف العبد وعن احمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وان كان صبيا وهي خلاف المصحح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن ابي ليلى يحد بقذف الذمية اذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسياتي الوجه عليه وقوله بصريح الزنا يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يا زاني بخلاف ما لو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال اشهد انك زان فقال الآخر وانا اشهد لا حد على الثاني لان كلامه محتمل ولو قال وانا اشهد مثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعد قطع كلامه وانت مكرمة بخلافه موصولا وكذا اذا قال لست اعني بزنيته او ابى فانه لا يحد وبه قال الشافعي واحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن احمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي انه جلد رجلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد بدلالة من القرينة صار الصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فلا ارى انه جرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة واباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت من الشرع ففي اتحاد حكمه في غير الحد لم يجز ان يعتبر مثله على وجه يوجب الحد الاحتياط في درئه واما الاستدلال بانه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال يا رسول الله ان امراتي ولدت غلاما اسود ولعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وقد اورد ان الحد يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف وبرده باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات فاجيب بانه يثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق ان دلالة المقتضى في ذلك لما سيذكر بل حده بالاثر والاجماع فهو والحد لا ينتفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد ان يكون بتصريح الزنا بين ان يكون بالعربي والنبطي والفارسي او غير ذلك ولا يحد لو قال لها زنيت بحمار او بعير او ثور لان الزنا اذا خال رجل ذكره الخ بخلاف ما لو قال زنيت بناقة او اتان او ثوب او درهم حيث يحد لان معناه زنيت واخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات للادخال في فرجها ولو قال يا هذا الرجل لا يحد لانه ليس المعروف في جانبه اخذ المال ولو قال زنيت وانت صغيرة او جامعك فلان جماعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة اذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد في قوله يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا يقوله اشهد اني رجل انك زان لانه هاك كقذف غيره ولا يقوله انت ازنى من فلان او ازنى الناس او ازنى في الزناة لان افعل في هذا يستعمل للترجيح في العلم فكانه قال انت اعلم به وسياتي خلافه في فروع ذكرها واما اشتراط مطالبة المقذوف فاجماع اذا كان حيا فان كان ميتا فمطالبة من يقع القدح في نسبه ونفيه من غير المقذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر وادرد وينبغي ان لا يشترط المطالبة لان المغلب فيه حق الله تعالى فالجواب ان

ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به ولا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه يترع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوط المكان الرق ولا حصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه ينطق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اى الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار ولكن القاذف صادق فيما

حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان معلوما لنم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فانه لا يحد فيسر مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا وكذا الاخرس لاحتمال ان تصدقه لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين وانتفى الحد وبين الشيخين الا بنفسه ولو قال لرجل يا زانية لا يحد استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح يحد لانه قذفه على المبالغة فان النار تزاد له كما في علامة ونسابة ولهما انه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكذا لو قال انت محل للزنا لا يحد ولو كان النار للمبالغة مجاز لما عهد لها من التانيث ولو كان حقيقة والحد لا يجب بالشك ولو قال لامرأة يا زانى حد عندهم لان الترخيم شائع ويفرق على اعتبارهم لما مر في حد الزنا قوله ولا يجرد من ثيابه الا في قول مالك لانه سببه وهو النسبة الى الزنا كذا غير مقطوع به لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معاين للشهود او للقرية والمعلوم لها بتاتا نفس الفعل فايجابه التجريد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة وحكما لعدم اقامة البينة قال ع فاذلم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه ع منع من النسبة الى الزنا لا عند القدرة على الاتيان بالشهداء لان فائدة النسبة هناك تحصل اما عند العجز فانما هو تشنيع وتعلقة قتال بمثلها فلا فائدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو الى الثوب المحشو لانه يمنع من وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب فوق بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر انه كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو او قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذي يصلح زاجرا قوله والاحصان ان يكون المقذوف حرا الخ قدمنا ذلك والكلام هنا في اثبات ذلك ويثبت الاحصان باقرار القاذف او شهادة رجلين او رجل وامرأتين خلافا لزفر وقد مت فان انكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف لانه لم يعلم انها محصنة ولكنا اذا اقام الحرية يحد حد الاحرار والقول قوله ولا يحد كالاحرار الا ان يقيم المقذوف عليه بينة انه حر ولو كان القاضي يعلم حريته حده ثمانين وهذا قضاء بعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز اما اشتراط الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال ع فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اى الحرائر فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى ولكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة في احصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التي اطلق عليها لفظ الاحصان الا ما اجمع على عدم اعتباره في تحقق الاحصان وهو كونها زوجة او كون المقذوف زوجا فانه جار بمعناه وهو قوله ع والمحصنات من النساء اى المتزوجات ولا يعتبر في احصان القذف بل في احصان الرجم ولا شك ان الاحصان اطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا وبمعنى الاسلام في قوله ع فاذا احصن قال ابن مسعود اسلمن وهذا يكفي في اثبات اعتبار الاسلام في الاحصان والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا قال ع والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفائف واما العقل والبلوغ ففيه اجماع الا ما عن احمد ان الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد لغلبة الحاق العار بمثلها يلحقه والعامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبي او مجنون يا زاني اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطابهما بالمحرمات ولو فرض لحوق عار المراهق فليس الحاقا على الكمال فيندرئ وهذا اولى من تعليل المص

ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف امه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان الغضب يراد به حقيقة سببه الله وفي غيره يراد به المعانبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروة

بعدم تحقق فعل الزنا منها لانه ماول بان المراد بالزنا المؤثم والا فهو يتحقق منها اذا تحقق منها الوطي في غير الملك لكن القذف انما يحد الحر اذا كان يزني مؤثم صاحبه به ينبغي ان لا يحد قاذف مجنون زنى في حالة جنونه لكنه لا يحد وان كان قذفه حين افاق قياما على اشتراط العفة فلان غير العفيف لا لمعرة العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولو لحقه عار آخر فهو حقير وحد القذف للفرية لا للصدق وفي شرح الطحاوي وفي البغية قال لم يكن وطي امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره فان كان فعل ذلك مرة يعيد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطي في غير الملك او وطي جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطيها في الملك الا ان يحرم فانه ينظر ان كانت الحرمة موقتة لا يسقط عدالته كما اذا وطي امرأة في الحيض او امته المجوسية ولا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطي امته وهي اخته من الرضاع ولو نظر الى امرأة بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها قد خلى بها او اجنبها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما يسقط ولو وطي امرأة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند ابي حنيفة في بنت الموسوسة بشهوة لان كثيرا من الفقهاء لا يصححون نكاحها قوله ومن نفى نسب غيره فقال له لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة وكذا اقتصر عليه الحاكم في الكافي وعلله في الهداية بانه في الحقيقة قذف لامه وكانه قال امك زانية لانه اذا كان لغير ابيه ولا نكاح لذلك الغير كان من زنا ما قيل فعلى هذا كان الاولى ان يقال اذا كانت محصنة حتى تشتمل جميع شرائط الاحصان واورد عليه انه لا يجوز ان لا يكون ثابت النسب من ابيه ولا تكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة او نكاح فاسد الجواب المراد انك لست لابيك الذي ولدت من مائه بل مقطوع النسب منه وهذا اطراد بان الام زنت مع صاحب الماء الذي ولد هو منه وهذا معنى قول المصنف لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره وحاصله ان نفي نسب عن ابيه ليستلزم كون ابيه زانيا لان النسب انما ينفى عن الزاني فلزم ان امه زنت مع ابيه فجاءت بين الزنا ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كون ابيه زنى بامه مكرهة او نائمة فلا يثبت نسبه من ابيه لا يكون قاذفا لامه فالوجه اثباته بالاجماع وبذا بنا على الحكم بعدم ارادة الاب الذي يدعى اليه وينسب بخصوصه ولا شك في هذا والا كانت بمعنى المسألة التي تليها وهي التي يرد عليها السؤال المذكور وجوابه ما سيجيء ويحمل بعضهم وجوب الحد في هذه على ما اذا كان قوله ذلك في حال الغضب والسباب بدليل المسألة التي بعدها فاذن يختلف المراد بلفظة الاب على هذا التقدير فانه اذا كان في غير حالة الغضب فانما يراد بالاب الاب المشهور فيكون النفي مجازا عن نفي المشابهة في محاسن الاخلاق قوله ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى اليه يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة اي حقيقة نفيه عن ابيه لانه حالة سب وشتم وفي غيره يراد به المعانبة على عدم تشبيهه به في محاسن اخلاقه ولا يخفى ان في حالة الغضب ليس نسبته امه الى الزنا امرا لازما لجواز نفيه عنه والقصد الى اثباته من غيره لشبهة او نكاح فاسد كما لغيرها فثبوت الحد به بمعونة قرائن الاحوال وبهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا وكذا ذكر في المبسوط ان في الاول لا حد استحسانا باثر ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود انه قال لا حد الا في قذف محصنة او يقول رجل

فصل في شرائط وجوب الحد وسقوطه

وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده ولا الاب بسبب ابنه ولا ولاية لاحدهما على الآخر ولا تسبب منه ولو كان للابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب لقذف الاب امه وهو ظاهر ومن قذف امة ابنه او عبده او امة غيره بزنا في حال موتها فلا حد عليه وقال الشافعي رحمه الله يحد لان الحد يورث بعد ما ثبت في حال حياة المقذوف وعندنا لا يورث اصلا لان الحد شرع زاجرا وشرع حقا للعبد لانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو من خصائص الانسان وهذا آية حق الشرع وكل ذلك شاهد لما تقدم ثم ان كان حق الشرع غالبا كان ما للعبد تبعا له اذ شرع زاجرا وشرع حقا للعبد لانه مال الى تغليب حق العبد لانتفاعه به واستيفاء حاجته وتعلق الشرع بحقوق العباد لا لما فيه من صلاح العباد وهذا هو الاصل لان الحق يتولد من مولده ثم حد القذف حق العبد عندنا لانه لا ولاية لاحد على العباد في حقوق العباد لانها تسقط بالاسقاط وتورث عنهم وحق الشرع فيها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عن حد القذف بعد ما رفع الامر الى القاضي وهذا هو المشهور من الرواية وفي بعض النسخ وقال الشافعي رحمه الله يحد لان الحد يورث بعد ما ثبت في حال حياة المقذوف وهو خلاف ما ذكره في بعض النسخ

ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والادلة الخ

من هذا الدليل هو حق العبد لم يعلم انه شرع زاجرا عنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر كلها اضلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع اذ لم يختص بهذا السبب دون غيره وبكل من حق الله وحق العبد في حد القذف فشهد الاحكام فيما عتباره حقا للعبد شرطت الدعوى في اقامته ولم تسقط الشهادة بالتقادم ويجب على المسلم ويقيمه القاضي بعلمه اذا علمه في ايام قضائه وكذا لو قذفه بحضرة القاضي حده وان علمه القاضي قبل ان يستقضى وفي القضاء ليس له ان يقيمه حتى يشهد به عنده وتقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به دياعتباره حق العبد تعالى استوفاه الامام دون مولى المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف لا يختلف باختلاف المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يمكن ايجاد مقتضى احدهما لزم اعتبارهما فيه فثبت ان في الحدين الا ان الشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنا المشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان مالية العبد من الحق يتولى استيفاؤه مولاه فيصير حق العبد مرعيا بتغليب حق الشرع لا مهدرا ولا كذلك عكسه اي لو غلب حق العبد لزم ان لا يستوفى حق الشرع الا بامر التحكيم يجعل ولاية استيفائه اليه وذلك لا يجوز الا بدليل ينصبه الشرع على ان اناطة العبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابته الامام حتى كان هو الذي يستوفيه كسائر الحدود والتي هي حقه تقع على ما قدمنا من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف في هذا الاصل تفرعت فروع اخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين منها الارث فعندنا يورث وعندنا لا يورث اذا الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تعالى اذ المنافي الميراث العبد حق العبد بشرط كونه مالا او ما يتصل بالمال كالكفالة او فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس شيئا منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل شرعي على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة او وصية في المطالبة التي جعلها شرطا لظهور حقه ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفى المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوتها الا ان يقول المقذوف لم يقذفني او كذب شهودي وح يظهر ان القذف لم يقع موجبا للحد لانه وقع ثم سقط بقوله وذلك وهذا كما صدقه المقذوف فانه يبطل بمعنى ظهور ان القذف لم ينعقد موجبا للحد بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لان المتلف فيه حق العبد ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا به قال مالك وعنده يجوز وبه قول احمد ويجري فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرات وقذف جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم فحد فقام آخرون بعد ذلك الحد وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو انه يصح عفو المقذوف قوله ومن اصحابنا من قال ان الغالب في حد القذف حق العبد الخ ما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع الاحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الاكثر من جهة الدليل والاشهر لانه قول عامة المشائخ وذهب صدر الاسلام ابو اليسر الى ان المغلب فيه حق العبد كقول الشافعي وفرع الاحكام المختلف فيها على غير ذلك اما توجيه ان حق العبد غالب فلان اكثر الاحكام تبنى عليه والمعقول يشهد له وهو ان العبد يتضرع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص واما ترجيح الاحكام فانما فوض الى الامام لان كل احد لا يهتدي الى الضرب الواجب اذ لانه ربما يزيد المقذوف في قوته فيقع متلفا وانما لا يورث لانه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو

ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا يكذب له فيه ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه

لكن بخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على ما قدمناه وانما لا يصح عفوه لانه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الاقامة ولانه متهم في العفو لانه رضي بالعار والرضا بالعار عار وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ثم لا يخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو اذ لا يخفى ان كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة اعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة اعراض بعضهم عن بعض على العموم وان العفو لا يستلزم الرضى بالعار بل قد لا يرضى الانسان بشاكيه ولا يعاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه انما هو في نفس الفعل المتهمة بسبب حقه فلا ينفي ان يعفو فلا يفصل ذلك اصلا وما ذكرناه في ترجيح تغليب حق الله تعالى وجه حسن في الخيارية ان شاء الله تعالى وقول محمد ان وقع في موضع انه حق الناس فقد وقع في اخره انه حق الله تعالى **قوله** ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تع لانه لا يكذب له فيقبل رجوعه واما التعليل لانه بالاقرار الحق الشين بالغير وبالرجوع يريد ان يبطل حق الغير فالمعنى انه اثبت حق الغير ثم يريد ان يبطله فلا يقبل فيه ويشكل عليه الرجوع في الاقرار بحق الله تع وكونه الحق الشين لا اثر له بل الحاصل انه لما الحق الشين ثبت لكن رجع الآدمي فلا يقبل ابطاله فالحاق الشين تاثيره في آثار حق الآدمي ليس غير امتناع الرجوع ليس الا لتضمنه ابطال حق الغير **قوله** ومن قال للعربي يا نبطي او قال لست بعربي لا يحد وكذا اذا قال لست من بني فلان وقال مالك رح يحد اذا نوى الشتم وعنده اذا قال يا رومي لعربي او فارسي او يا فارسي لرومي او عربي او يا ابن الخياط وليس في ابائه الخياط يحد لغلبة العرف في مثله ان يراد نفي المشابهة في الاخلاق او عدم الفصاحة واما قذف امه او جده من جداته لابيه فلا يخطر بالبال ولذا اطلقوا نفي الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب او الرضا وهذا الان بالنسبة الى الاخلاق الدنية مما يشتم به فاذا لم يتعارف مثله في القذف اصلا لم يحمل في الغضب شتما بهذا القدر ولان النبطي قد يراد به بالنسبة الى المكان على ما قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق فهو كما قال يا رستاقي يا ريفي في عرفنا اي يا قروي لا يحد به وقال الفقيه ابو الليث النبطي رجل من غير العرب **قوله** ومن قال لرجل يا ابن مار والسماء فليس بقاذف وكذا اذا قال يا ابن مزيقيا ويا ابن جلا لان الناس يذكرون هذه لقصد المدح فمار السماء لقب عامر بن حارثة الغطريف الازدي لانه اغاث قومه عن مار السماء وجمع المصر بينهما حيث قال الان مار السماء وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كمار السماء عطاء وجودا اي مزيقا لقبه بذلك لانه كان يمزق كل يوم حلتين ليلبسهما فيكره ان يعود ليلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالانسب ان يكون قول القائل يا ابن مزيقيا للذم بالاسراف والاعجاب لكن عرف العامة في مثله انه جود وقد لقب بمار السماء ايضا المحسن والصفا وبه لقبت ام ابهن المنذر بن امرء القيس لذلك وقيل لولدها بنو مار السماء قال زهير ولازمت الملوك من آل نضر ... وبعدهم بنى مار السماء وجمع المصر بينهما حيث قال لان مار السماء لقب به لصفائه وسخائه واما جلا فقد استعمل مرادا به النسبان في قول سحيم انا ابن جلا وطلاع الثنايا متى اضع العمامة تعرفوني وكلام سيبويه يفيد انه ليس علما له بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كانه قال انا ابن الذي جلا اي اوضح وكشف واما قول القلاخ انا الفلاح بن جناب بن جلا فيحمل كونه علما لقبا كونه وصفا ايضا ثم انه انما يراد به التشبيه في كشف الشدائد واما طلاقة المكاره فلا يكون قذفا هذا ومحمد انه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء وهو معروف يحد في حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمي به والكمال للسخاوة والصفا فينبغي في حالة الغضب ان يحمل على اضعف لكن جواب المسئلة مطلقا فالجواب انه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد سكن ان يجعل للمراد

وان نسبه الى عم او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحاق واسماعيل كان عما له والثاني لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل حد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يحد لان المجمع زمنه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب ع وارق الى الخيرات زناء في الجبل وذكر الجبل يقرر مرادها وفيها انه يستعمل في الفاحشة ايضا لان من العرب من يجعل الممزة والهاء للتأنيث كما يبدلون الهمزة من الهاء في ارقت الماء وهراقته ومن قال لغيره يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني قال لا بل انت فانها يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني

في حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا في قول لست بعربي لما لم يستعمل في النفي يحمل في حالة الغضب على سببه ينفي الشجاعة والسخاوة عنه ليس غير **قوله** وان نسبه لعمه او خاله او زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا فالاول وهو تسمية العم ابا لقوله تعالى نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحاق واسمعيل كان عما له اي ليعقوب عليهم الصلوة والسلام والثاني لقوله عليه السلام الخال اب قالوا هو غريب غير ان في كتاب الفردوس لابي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمر مرفوعا الخال والد ما لم يأت والد له والثالث للتربية وقيل في قوله تعالى ان ابني من اهلي انه كان ابن امرأته **قوله** ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل والحالة حالة الغضب وسيظهر ان هذا القيد مراد لا يصدق ويحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب وارق الى الخيرات زناء في الجبل والزنا وان كان بهمزة فيقال زنأ على ما سلف لكن في ذكر الجبل يقرر الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها اشبه ابا اباك او اشبه عمل تريد علي ولا تكونن كمتلوف وكل يصبح في مضجعه قد انجدل وارق الى الخيرات زنا في الجبل واما قول شارح اصلاح المنطق وقال النماجي لرجل رأى ابنا له ترقصه امه فاخذه من يديها وقال اشبه ابا اباك الابيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقري اي كن مثل ابيك او شبيها مثل عني فحذف المضاف اليه والمراد كن مثل ابي اباك او مثلي وكان ابو امه شريف سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبي وامه ملكوسة بنت زيد الفوارس قال فاخذته امه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول اشبه اخي او اشبهن ابا كا اما الى فلن تنالي فاكا تقتضي عن مثله هزاكا الملوك بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل والوكل الذي يتكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر في النهاية قوله او اشبه جمل الجهيم وقال اسم رجل هو الوحي من العرب وهو جمل ابن سعد والوكل العيال على غيره واما ان يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا على ما اسلفنا لان من العرب من يهمز المثلين اي المثلين في غير التقاء الساكنين تقول العجاج ومصدق هامة هذا العالم ومنه قوله صبرا فقد بيجت اشواق المشتاق ولانه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز واما نحو قطع الله آديه اي يديه فالتمثيل به بناء على ان المراد بحرف اللين اي المثلين حرف العلة لكن الاصطلاح على انه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمز وانما الالتقاء على حده فان كان على خلاف العادة يقال رابته وشابة وقرى ولا الضالين شاذا وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ما ذكرنا من انه سيظهر ارادة قيد الغضب في جواب المسئلة فحكان كما لو قال يا زاني او زنأت فانه يحد اتفاقا وقوله وذكر الجبل تعين الصعود مرادا قلنا انما يتعين ذلك اذا كان مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل ولا يخفى انه ممانع بل يقال زنأت في الجبل بمعنى صعدت ذكره في المجمرة وغيرها والبيت المذكور معلوم ان المراد فيه ليس الا الصعود وهو بلفظ في بل الجواب مع ان ذكر الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع في الجبل اي في بعض بطونه وعلى الجبل اي فوقه كما قد تقع على السطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فبقي الاحتمال بحاله وترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة ولو قال زنأت على الجبل والباقي بحاله اي في حال الغضب قيل لا يحد لما قلنا آنفا ان ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود وقيل يجب للمعنى الذي ذكرناه وهي حالة الغضب والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب اي في حالة الرضا لا يجب الحد اذ لا يجب بالشك بل لاداعي فالظاهر عدم ارادة السبب **قوله** ومن قال لآخر يا زاني فقال له الآخر لا بل انت فانهما يحدان اذ طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان واذ طالب كل الآخر واثبت ما طالب به عند الحاكم لزمه حينئذ حق الدفع فهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من استيفائه فيجب كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال انت كذلك فانه لا يحد لان التعزير بحق الآدمي وقد وجب له عليه مثل ما وجب الآخر فتساقطا اما كون الاول قاذفا فظاهر واما الثاني فلان معناه لا بل انت زان وكذلك كان

ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حددت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان قدمنا الحد في البداية بالحد لبطلان اللعان لان الحد دون القذف ليس باهل لحد ولا بطلان في عكسه اصلا وفيحتمل للدرء اذا اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان ومعناه قالت بعدما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها اردات الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه والحد لله منه فيحتمل انها اردت زنا كان معك بعد النكاح كما في ما ملكت اخر اعرك وخرج الواو في مثل هذه المحالة وعلى هذا الاصل يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه عند صنيعها ما قلنا ومن قرينة ولد لدون ستة اشهر فانه لا يلاعن لان النسب لزمه بالفراش وانتفى به وصار قاذفا فيلاعن ان نفاه وقيد بقوله حد لانه لو كذب نفسه بطل اللعان لانه حد فدرئ وصيرورته شرعا للتكاذب وهو اصل فيه حد القذف فاذا بطل اللعان يتصل به الحد وهو ان الزوج لو اقر بعد ما لاعن لا يلتفت الى اقراره به سابقا ولا يحقق اللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الحد

المجيب عبد احد هو فاذا قذف اجنبية فاذا قذف اجنبية فاذا قذف اجنبية

وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة دبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولا اب لذا ففات العفة نظرا اليها وهي شرط الاحصان ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا قال ومن وطئ وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطيا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يجب لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة وان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رحمه يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من عموم وجه

ثلاث خصل له في الجواب قوله وان قال اي الزوج الذي جاءت زوجته بولد ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه اذا انكر الولادة فكذا نفى كونه ابنه لنفي ولادتها اياه وبنفي ولادتها لا يصير قاذفا لانه انكر الزنا منها قوله ومن قذف امرأة ومعها اولاد لم يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي وقت القذف او ميت فلا حد عليه اما لو قذف ولد الملاعنة نفسه او ولد الزنا فانه يحد ولو انه بعد اللعان ادعى الولد فلا ولم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقبله فما بعد ذلك قاذف غيره او هو قبل موته حد ولا يحد الذي قذفها قبل تكذيب نفسه وكذا لو اقامت البينة على الزوج انه اذعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد ومن قذفها بعد ذلك لا يحد لانها خرجت عن صورة الزواني ولو قذفها الزوج فرفعته واقامت بينة انه كذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او بمعاينة وجه عدم الحد في ذات الاولاد قيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها اي الى الامارة وهي اي العفة شرط واعلم انه ان صح ما رواه الامام احمد وابو داود في حديث هلال بن امية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولد لا اب ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه احمد ايضا من حديث عمر بن شعيب عن ابيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد الملاعنين انه يرث امه وترثه امه ومن رماها به جلد ثمانين ومن رماها وولدها جلد ثمانين اشكل على المذهب والائمة الثلثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها اجيب بانه قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهي محصنة في حق غيره الا ترى ان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف في ذلك الا ان الشافعية في وجه انزاذا قذفها اجنبي بذلك الزنا الذي لاعنت به لا يحد واعترض بان مقتضاه ان لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان لكن المنصوص في الاصل انه يحد بل الحق انا لم نسقط احصانها بوجود قولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها انما يقتضي ان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله وليس كذلك لانه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته لا يسقط احصانها وانما هو لنتفي الصادق منها حيث يتضاعف به على الكاذب عقابه بان يضاف الى عذاب الزنا وعذاب الشهادة المؤكدة بالايمان المغموسة او يضاف ذلك الى عذاب الاقرار والقذف بخلاف ما اذا كان ينفي الولد لان امارة الزنا قائمة فاوجبت ذلك وقد اول قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف في حقها ظاهر غير محتاج الى تاويل واما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع ورود السوال انما بونا على انه كلام تحقيقي على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له قوله ومن وطئ وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة هي شرط الاحصان وانما هو تشفي بانه لما لم يكن بحيث يحصل عند الاحصان بل هو مجموع امور العفة احدها فهو جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة ولان القاذف صادق لان الوطء في غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه او ابهم اما اذا قذفه بغيره فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانيا لاحد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه او بزنا آخر او ابهم نص عليه في اصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن ابي ليلى وجه قولنا ان النص وانما اوجب الحد على من رمى المحصنات ومعنى المحصنين هو بالزنا لا يقتضي الاحصان فرميه رمى غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه نعم هو محرم واذن بعد التوبة فيعذر والاصل فيما يعرف به الوطء يسقط الاحصان [illegible] فلا يكون سببا يوجب الحد وان كان وطيا محرما لغيره يحد قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا عرف هذا فالمحرم لعينه هو الوطء في غير الملك من كل وجه

بيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك وكذا يجب عليها الحد لو قذف رجلا الى امته وهي مجوسية او مرتدة وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رحمه الله ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر رحمه الله لان الملك زائل في حق الوطئ وهو الذي يلزمه العقر بالوطئ ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح

كوطئ الحرة الاجنبية والمكاتبة اعني ان الموطوءة اذا كانت مكاتبة يسقط احصانها فلا يحد قاذفها فان الاكراه يسقط الاثم فلا يخرج الفعل به من ان يكون زنا فلذا يسقط احصانها كما يسقط احصان المكرة الواطئ ذكره في المبسوط وامته غيره او من وجه كالامة المشتركة بين الواطئ وغيره وكذا الوطئ في الملك والحرمة مؤبدة كوطئ امة التي هي اخته من الرضاع ولو كانت الحرمة موقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطئ امة الاختين والزوجة في حالة الحيض والنفاس فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط في عدم ثبوت حد القاذف للواطئ في الحرمة المؤبدة كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة ابيه بالنكاح او بملك اليمين فلو تزوجها الابن او اشتراها فوطيها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما في عقدة او جمع بين اختين وطيا بملك يمين او نكاح او بين امرأة وعمتها وخالتها او تزوج امة على حرة او جمعهما في العقد فوطئ الامة فلا حد على قاذفه بخلاف ما لو نظر الى داخل فرج امرأة ومسها مع شهوة بحيث انتشر معه ثم تزوج بنتها او امها او اشتراها فوطيها حد قاذفه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ولا يحد عندهما لتأبيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى مزنية ابنه فوطيها يسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف بين العلماء وابو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بان يثبت بقياس او احتياط كشهوتها بالنظر الى الفرج والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة السبب مقام السبب احتياطا فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تع ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص وكذا وطئ الاب جارية ابنه مسقط للاحصان وقوله او بالحديث المشهور مثاله حرمة وطئ المنكوحة للاب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهوة حديث لا نكاح الا بشهود ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة وحرمة وطئ امته التي هي خالته من الرضاع او عمته لقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** بيانه شروع في تفريع فروع آخر على الاصل اذا قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه فالقاذف صادق من وجه فيندرئ الحد للشبهة المقارنة للشبهة الموجب بخلاف رجوعه فانه ان كان الرجوع بوجب شبهة في الاقرار اي بالقذف الاول لا يعمل هنا فانه لما يقارنه بل وقع متاخرا والمفرض ان الاقرار تقرر حق الآدمي لم تقبل الشبهة اللاحقة لان الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمي لا ترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا في اسقاط الحد **قوله** وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها ورجلا زنى في نصرانيته فانه لا يحد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان في نصرانيتها بان قال زنيت وانت كافرة وكذا لو قال لمعتق زنى وهو عبد زنيت وانت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وانت كتابية او امة فلا حد عليه لانه انما اقر انه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزم حد لان الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الحد عليه حد بخلاف الرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا فرق بين من يحدث يقام عليه الحد او لا حتى ان الكافر الحربي اذا زنى في دار الحرب ثم اسلم فقذفه لا يحد لان الزنا تحقق منه وان لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا ولو قذف رجلا الى امته وهي مجوسية او مزوجة او المشتراة شراء فاسدا او امرأته وهي حائض او مظاهر منه او صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها او مكاتبة فعليه الحد لان الشراء الفاسد يوجب الملك فكانت الحرمة في كل من هذه التقادير موقتة مع قيام الملك فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلا ملك قال تع الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه الملك فلا يسقط احصانه بالوطئ فيه ولا يحد قاذفه وعن ابي يوسف ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك

ولو قذف مكاتبا ومات وترك وفاء لاحد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لكان اختلاف الصحابة رض ولو تذمي صحوسيا تزوج بامه بنته اسلم يحد عند ابي حنيفة رح لا وفاء لاحد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم لا حكم الصحة فيما يلتحق عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذى وموجب اذاه واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب عندنا لان رد شهادته عندنا من تمام حده خلافا للشافعي رح فعنده تقبل اذا تاب كالتائب اذا اتى بما يسقط الحد عن نفسه من المعاصي وهي خلافية تعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى قوله واذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على اهل الذمة لان رد الشهادة على اهل الذمة ليس بالاثر على ما عرف عندنا ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان رد شهادته بعد الاسلام فلم تدخل تحت الزنا لان النص لم يوجب رد شهادته القائمة وقت القذف وليست بهذه فلم تدخل تحت الرد بخلاف تالو ارتد المحدود ثم اسلم لا تقبل شهادته لانه صار مردود الشهادة ابدا والردة ما ازالته الا شرا فيما لا سلام لا تحدث له شهادة بخلاف الكافر الاصلي ولهذا قبلت مطلقا على اهل الاسلام وعبيدهم وبه نرفع ما قيل ينبغي ان لا تقبل بعد الاسلام على اهل الذمة لانها كانت قبله وقد ردت بالقذف قلنا ان هذه اخرى نافذة على الكل لا على اهل الاسلام فقط او على المسلمين وتبعيته على الكافر وبهذا بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم اعتق فانه لا تقبل له شهادة ابدا لانه لم تكن له شهادة في تلك الحال للرق وقد وجب الحد عليه وهو رد شهادته مع الجلد فينصرف الى رد ما يحدث له من الشهادة بعد العتق بهذا ولقائل ان يقول ان مقتضى النص عدم قبول كل شهادة اجابة لو قائمة لانه تعالى قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والحادثة شهادة واقعة في الآثار فمقتضى النص ردها والجواب ان التكليف بما في الوسع فحينئذ كان برد شهادته والامتثال انما يتحقق برد شهادته قائمة كانت او لا فيما تحدث واذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال ثم فلو حدث اخرى فلو ردت كان بلا مقتض اذ الموجب احد مقتضاه قوله وان ضرب يعني الكافر سوطا في حد تم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة تمام للحد فيكون صفة لاي للحد والمقام بعد الاسلام بعض الحد وبعض الشيء ليس هو ذلك الشيء فلم يكن رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف انه ترد شهادته اذا الاقل تابع للاكثر والاول اصح لما ذكرنا وعرف انه لو اقيم عليه الاكثر قبل الاسلام ثم اسلم واقيم الباقي لتقبل شهادته عند ابي يوسف ايضا ورد عليه كما ان المقام بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام

ف النصف

قال ومن قذف او زنى او شرب عليه مرة فحد فهو كذلك كله امام الآخران فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فات المقصود في الثاني

فينبغي ان لا يكون صفة واليضا جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر لجيب بان النص ورد بالامر بالجلد والنهي عن القبول اوليس احدهما مرتبا على الآخر فتعلق بفعل كل منهما بما يمكن والممكن ردشهادته قائمة للحال فيتقيد النهي به وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر واصل هذا ما ذكر في الاصل والمبسوط قال لانسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلا ثم قال والحد لا يتجزى فما دونه لا يكون تعزيرا للحد او التعزير غير مسقط للشهادة قال وفي هذه المسئلة ان ابي حنيفة ثلث روايات احدها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية اذا اقيم عليه اكثر الحد سقطت اقامته للاكثر مقام الكل وهي التي ذكرها المعلى عن ابي يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا سقطت قال وهذه الروايات الثلث في النصراني اذا اقيم عليه بعض الحد ثم اسلم على ما ذكرنا في الجامع الصغير **قوله** ومن زنى او شرب او قذف غير مرة فحد فهو كذلك كله سواء قذف واحدا مرارا او جماعة بكلمة كقوله انتم زناة او بكلمات لان يقول يا فلان انت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى انه قذفه لا يقام اذا كان يقذف قبل ان الاول يحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم فلا يحد ثانيا الا اذا كان يقذف آخر مستانف وحكى ان ابن ابي ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحد حدين في المسجد فباغ ابا حنيفة فقال يا للعجب لقاضي بلدنا اخطأ في مسئلة واحدة في خمسة مواضع الاول احضر بدون طلب المقذوف والثاني انه لو خاصم وجب حد واحد والثالث فيه ان كان الواجب عنده حدين ينبغي ان يتربص بينهما يوما او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد والخامس ينبغي ان يعرف ان والديه في الاحياء او لا فان كان حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع المتداخل لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لا يضرب الا ذلك الشرط الواحد للتداخل لانه اجتمع الحدان لان كمال الحد الاول بالسوط الذي بقي وسنذكر منه ايضا في فروع نختم بها قوله خير مرة يتعلق بكل واحد من الثلاثة الى من زنا غير مرة او شرب غير مرة او قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك كله مما سبق منه وعند الشافعي ان قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وان قذفهم بكلمات او قذف واحدا مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا بعد وكيف ما كان وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس واحمد في رواية وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفا واحتجا بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرر بتكرره على ما عرف وفي الجديد للشافعي لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولانه حق آدمي ولنا ما ذكر من قوله اما الاولان وهو كل من الزنا والشرب فلان القصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار عن فعله في المستقبل واحتمال حصوله بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد قائم فيتمكن شبهة فوت المقصود في الثاني والحدود تدرأ بالشبهات بالاجماع بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدل به ان الاجماع لما كان على دفع الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرار عند التكرار فالتكرار الواقع بعد الحد الاول بل هذا ضروري فانك علمت ان المخاطب بالاقامة في قوله فاجلدوهم الآية ولا يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندنا

وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف زنى وشرب لان المصدر من كل جنس غير المقترن من الآخر فتدبر

فكان حاصل النفس انجاب الحد اذا ثبت السبب فيهم اعم من كونه بوصف الكثرة او القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا لمائة او ثمانين ليس غير فاذا عجلة ذلك وقع الامتثال ثم هو ايضا ترك مقتضى التكرار بالتكرير فيما اذا قذف جماعة مرة ثم قذفهم ثانيا بذلك الزنا فانه لا يحد مرتين في حد الزنا والشرب فالحق ان الاستدلال بالآية لا يخلصه فانه يلجئ الى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود الى هذا حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبنى اثبات . ه

ادحق آدمي فماذكر المقام اخصر واصوب وقوله واما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقا بها لاحاجة الى الحاقه بل بين الدليل المذكور يجري فيه وهو انه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى لمقصود الازجار عن الاعراض فحيث اقيم ثبت شبهة الى آخر ماذكر وحق العبد في الخصومة فيه دون غيره فليس غير قوله بخلاف ما اذا زنا وقذف وسرق ثم اخذ يعني وثبت الاسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من اسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض وثبت كل بخطاب يخصه فلو حد في الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا لضامن المنصوص عن موجبه

فرع ثبت عليه باقراره والسرقة والشرب والقذف وقضا عين رجل يسيره بالقصاص في العين لانه محض حق العبد ثم اذا برئ اخرجه فحده للقذف لانه مشوب بحقه فاذا برئ فالامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة لان كلا حق الله وهو ثابت بالنص يبتلى ويجعل حد الشرب آخرا فانه اضعف لانه بالاتفاق وتقدم قول علي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه وكلما اقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فيتعذر الامام مضيعا للحد وهي معنى عن ولاك وان كان محصنا اقتص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق العبد فتداخلا واجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيما قتل لنفس قتل وترك ما سوى ذلك بهذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس والمعنى ان المقصود الزجر له ولغيره وانتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد الا انه يضمنه السرقة لو اتلفها لانه وجب عليه بالاخذ وانما يسقط للضرورة القطع ولم يوجد ولهذا يضمنه فيؤمر بايفائها من تركته ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير ولكن القاضي امينه اراد ان يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عمر في الغامدية او بعث امينا كما فعل عمر في ماعز ولا يستحلف في القذف اذا انكره ولاني شيء من الحدود ولانه لا يقضى بالنكول وهو ممتنع في الحدود لان النكول اما بذل او البذل لا يكون سببا في الحدود او قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف التعزير والقصاص فانه يستحلف على سببهما ويستحلف في السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال ولا يقطع لان حقيقة السرقة اخذ المال بقيد فيحلف على اخذ المال لا على فعل السرقة حتى لو نكل لا يقتضي بموجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا اقام المقذوف بينة بالقذف سألها القاضي عن القذف بما هو وعن خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد يطلق قذفا خلافا لهم من استفسارهم فان لم يبينوا على قولهم قذفوا لا يحد واذا شهدوا انه قال يا زاني وهم عدول حد وان لم يعرف القاضي حد القذف حبس المتهم حتى يسأل القاذف حتى تزكى لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفل على ما تقدم من الزنا اذ رجع اليه ولا يغير

والمقذوف والمخاطب به عندنا حق الله فيكون للحد أثر كما وقال الشافعي رحمه الله المقذوف او المقذوف به هو الزنا لانه اصل لان المخاطب به حق العبد عنده

في شيء من الحدود والقصاص في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول واذا حبسه ابو حنيفة وفي قول ابي يوسف الآخر وهو قول محمد يوخذ منه الكفيل فهذا لا يحبس عندهما في دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص لان النيابة لا تجري فيهما والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الايفاء وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود فاما اخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند ابي حنيفة اذا رغم المقذوف ان له بينة حاضرة في المصر وكذلك لا ياخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه الى آخر المجلس فان احضر بينة والا خلى سبيله وعند ابي يوسف ومحمد ياخذ منه بنفسه الى ثلاثة ايام وقالا حد القذف في المدعوى والمخصومة مثل حقوق العباد في اخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعي من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وابو حنيفة يقول هنا احتياط والحدود تحتاط في درئها لاثباتها وكان ابو بكر الرازي يقول مراد ابي حنيفة ان القاضي لا يجبره على اعطاء الكفيل فاما اذا سمحت نفسه فلا باس لان تسليم نفسه مستحق عليه والكفيل في الكفالة بالنفس انما يطلب بهذا القدر فاما ان اقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي بالعدالة فهو كما لو لم يقم حدا لا يلتزمه الا الى آخر المجلس وان كان ظاهر العدالة جنسه اذا قال لي شاهد آخر يومين او ثلثة هذا القدر استحسانا وهذا كله عند ابي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس بالحد وعندهما ياخذ كفيلا بنفسه فلا ولا يحبسه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهدان على القذف في المكان او الزمان لا تبطل شهادتهما عند ابي حنيفة وعندهما يمنع قبول الشهادة لانه انشاء بسبب موجب للحد فما لم تتفق الشاهدان على سبب واحد لا يقضى به كما لو اختلفا في اقراره بالقذف والشهادة على ابي حنيفة يقول القذف قول قد تكرر فيكون حكم الثاني حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق وهذا هو القياس في الانشاء والاقرار الا انا استحسن هناك لان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الانشاء بدليل ان من تزوج امراة ثم اقر انه كان قذفها قبل النكاح كان عليه الحد ولو قذفها في الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها في العربية والفارسية وغيرها لم تقبل شهادتهم لان عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في الصراحة ونحو وكذا لو شهد احدهما انه قال يا ابن الزانية والاخر يا بن الزانية وابيك ولو شهد احدهما انه قذفه يوم الخميس والآخر انه اقر انه قذفه يوم الخميس لا يحد ولا يقبل في اثبات القذف كتاب القاضي ولا البشهادة على الشهادة ولو كان القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضي عند بينة بصدق قبل اجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير ان يطلق عنه ويقال له ابعث لنا شهودك وذكر ابن رستم عن محمد اذا لم يكن له من ياتي بهم اطلق عنه ويبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وفي ظاهر الرواية لم يفعل الى هذا الان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له ان يوخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتاخير دفع العار عنه والى آخر المجلس قليل لا يتضرر كالتاخير الى ان يحضر الجلاد وعن ابي يوسف يستنابه الى المجلس الثاني لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن اقامة اربعة والعجز لا يتحقق الا بالامهال كالمدعى عليه اذا ادعى طعنا في الشهود يمهل الى المجلس الثاني وجوابه ما قلنا وعرف انه لا يقبل منه الا اربعة فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة قال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين فان شهد رجلان او رجل وامراتان على اقراره بالزنا يدرء عن القاذف الحد وعن الثلاثة لان الواجب بالبينة كالثابت بالمعاينة فكان بمعنى اقراره بالزنا اما الاول فلعدم الاقرار لسقوط الحد لاقامته لان ذلك لا يمكن مع كثرة الشهود ولو رثا المقذوف قبل ان يقام الحد على القاذف او

فصل في التعزير

وطئ وطئا حراما على ما ذكرنا او ارتد سقط الحد عن القاذف ولو اسلم بعد ذلك لان احصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند اقامة الحد وكذا اذا خرس او عته ولكن لا لزوال احصانه بل لتمكن شبهة انه لو كان ناطقا صدقه ولا يلقن القاضي الشهود ما تتم به شهادتهم في الحدود جنس آخر تقدم ان قوله انت ازنى من فلان او ازنى الناس لا حد عليه وهو من المبسوط وفي فتاوى قاضيخان قال انت ازنى الناس او ازنى من فلان عليه الحد ولو قال انت ازنى مني لا حد عليه ولو قال لها يا زانية فقالت انت ازنى مني حد الرجل وحده ولو قال لامرأته ما رأيت زانية خيرا منك لا حد عليه وكذا لو قال لامرأته وطئك فلان وطيا حراما او فجر بك او جامعك حراما لا حد عليه وكذا اذا قال اخبرت انك زان او اشهدت على ذلك ولو قال زنيت وفلان زنى بك يكونان قاذفا لهما لان العادة ان لا يعتبر حالة الزنا فانصرف الى معتبة الفعل دون الحضور ومن قال لست لابويك لا يكون قاذفا وهو ظاهر لست لانسان لست لرجل ليس قذف فلو قال ليس قذف رجل قذف ولده او ولد ولده لا حد عليه ولو قذف اباه او امه او اخاه او عمه حد قال لرجل قل لفلان يا زاني فان قال الرسول المرسل اليه فلان يقول لك يا زاني لا حد على الرسول ولا على المرسل وان قال له يا زاني حد الرسول خاصة ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له ان يطالب بقذف بعد ذلك ولو قال يا ابن الحجام او يا ابن الحائك لا حد ولو قال لرجل يا نبطي لا حد عليه لانه تلطف وكذا يا ابن النصراني او يا ابن اليهودي وفي الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال في بيت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال آخر همكره دوست لم بجد لانه ليس باشارة الى هذه الافعال ولو قال اين همكره دست فكذلك لانه لم يسمه ولم يكنه ولو قال وي اين همكره دست يكون قذفا ومعنى الاول فعل الكل ومعنى الثاني فعل هذه كلها ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها وفي الفتاوى قال لرجلين احدكما زان فقيل له هذا هو لاحدهما فقال لا حد عليه لان اصل التقذف لم يقع موجبا ولو قال لجماعة كلهم زان الا واحدا يجب عليه الحد لان القذف فيه موجب الحد فكان لكل واحد ان يدعي مالم يعين المستثنى من فروع تدخل حد القذف ما ذكره المصنف في التجنيس عبدا قذف حرا فاعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين ولو جاء الاول فضرب اربعين ثم جاء الآخر تمم الثمانين لان الاربعين وقع لهما بقي الباقي اربعين ولو قذف آخر قبل ان يأتي بالاول الثمانون تكون لهما جميعا ولا يضرب ثمانين ثمانين لان ما بقي تمام حد الاحرار فجاز ان يدخله فيه الاحرار وهذا ما وعدناه ولو قال لامرأة يا زوسپي بجد ولو قال يا قحبة يعزر

فصل في التعزير

لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهي وكدا بابتها التعزير الذي هو دونها في المقدار والدليل والتعزير تأديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والروع وهو مشروع في الكتاب قال الله تعالى فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا امر بضرب الزوجات ديانة وفي التهذيب قال عم لا ترفع عصاك عن اهلك وروى انه عم عزر رجلا قال لغيره يا مخنث في المحيط روى عنه عم قال رحم الله امرأ علق سوطه حيث يراه اهله واقوى من هذا الاحاديث قوله عم لا يجلد فوق عشر الا في حد وسياتي وقوله فاضربوهم عليها تركها بعشر في الصحيحين فهذا دليل شرعية التعزير واجمع عليه الصحابة وبالمعنى وهو ان الزجر عن الافعال السيئة كيلا تتمادى بالكل تفتقر عليه ويختلف باختلاف الجناة واشرافهم واخساسهم وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى عن ابي حنيفة رح ان التعزير ليس فيه شيء مقدر بل مفوض الى رأي القاضي لان المقصود منه الزجر واحوال الناس مختلفة فمنهم من يزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج الى الاهانة والى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس وفي الشافي التعزير على مراتب تعزير الاشراف الاشراف وهم العلوية والعلماء بالاعلام وهو ان يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا فينزجر به فتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجرأة في باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير

ومن لعنت عبده او امته او امه او ولده او ابويه او زوجته او جاريته قذف وجب الحد لنفي الاحصان فوجب التعزير

الرشيد بهذا الحد بالضرب وعن ابي يوسف يجوز التعزير للسلطان باخذ المال عنه وباقي الائمة الثلاثة لا يجوز وما في الخلاصة مما مت من ثقة من التعزير باخذ المال ان رأى القاضي ذلك او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال مبني على شيء من قال به ذلك من المشايخ يقول ابي يوسف وقال التمرتاشي يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل احد بعامة النيابة عن الله تعالى وسئل ابو جعفر الهندواني عمن وجد رجلا مع امرأته ايحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المرأة يحل قتلها ايضا وهذا مستثنى على ان الضرب تعزير بملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح بالمستثنى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل احد ذلك حيث قال من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود لم يثبت تولية الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقف ذلك على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا ان يحكما فيه ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير اذا اداه الامام واجب وقول مالك واحمد يجب عند الشافعي ليس بواجب لما روي ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اني رأيت امرأة فاصبت منها ما دون ان اطأها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصليت معنا قال نعم فتلا عليه ان الحسنات يذهبن السيئات وقال في الانصار اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي ارضه فلم يوافق عرضه ان كان ابن عمتك فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزره ولنا ان من كان منصوصا عليه من التعزير كالمغلظ وطئ جارية امرأته او جارية مشتركة يجب لاشتمال الامر فيه وما لم يكن منصوصا عليه اذا رأى الامام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة او علم انه لا ينزجر الا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد وما علم انه ينزجر بدونه لا يجب وهو تحمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما اصاب من المرأة فانه لم يذكر للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادم منزجر لان ذكره له ليس الا الاستعلام بموجبه ليفعل معه واما حديث ابن الزبير فالتعزير لحق آدمي وهو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي فتاوى قاضي خان التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الابراء والعفو على الشهادة والشهادة ويجري فيه اليمين يعني اذا انكر انه سبه يحلفه ويقضي بالنكول ولا يخفى على احد انه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله فحق العبد لا شك انه يجري فيه ما ذكروا مما وجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا آنفا انه يجب على الامام ولا يحل له تركه الا فيما علم لمنزجره الفاعل قبل ذلك ثم يجب ان يتفرع عليه انه يجوز اثباته بمدع شهد فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر فان قلت في فتاوى قاضي خان وغيره ان كان المدعى عليه ذا مروة وكان اول ما فعل يوعظ استحسانا فلا يعزر فان عاد وتكرر منه روي عن ابي حنيفة انه يضرب وهذا يجب ان يكون في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لا يمكن للقاضي فيها من اسقاط التعزير قلت يمكن ان يكون محله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا منافاة لانه اذا كان ذا مروة فقد حصل تعزيره بالجر الى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولا القصد يعني بالضرب في اول مرة فان عاد عزره بالضرب ويمكن كون محله حق آدمي من الشتم وهو ممن تعزيره بما ذكرنا وقد روي عن محمد في الرجل يشتم الناس اذا كان له مروة

ومن قذف عبدا او امة اوام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه

يوعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سبابا ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك والمروة عندي في الدين والصلاح **قوله** ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر بالاجماع الا على قول داود في العبد فانه يحد به وقول ابن المسيب في الذمية لتي لها ولد مسلم قال يحد به وانما عزر لانه اي هذا الكلام جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق ومثله يا لص او يا فاجر او يا زنديق او يا مقبوح يا ابن القحبة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط او يا لوطي او قال انت تلعب بالصبيان يا اكل الربوا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ماوي الزواني يا ماوي اللصوص يا منافق يا يهودي عزر كذا مطلقا في فتاوى قاضي خان وذكره الناطفي وقيده بما اذا قال لرجل صالح اما لو قال لفاسق يا فاسق او للص يا لص او للفاجر يا فاجر لا شئ عليه والتعليل مفيد ذلك وهو قولنا انه اذا اذاه بما الحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه اما في علم فان الشين قد لحقه موغفسه قبل قول القائل وقيل في يا لوطي يسأل عن نيته ان اراد انه من قوم لوط فلا شئ عليه وان اراد انه يعمل عملهم عزر على قول ابي حنيفة وعندهما يحد والصحيح انه يعزر ان كان في غضب قلت او نزل من تعود بالهزل بالقبيح ولو قذفه بتيان بهيمة لا يحد عزر قال المصنف الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى وهو ما اذا قذف غير المحصن الزنا لانه من جنس ما يجب به الحد وهو الرمي بالزنا وفي الثانية وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي الراجع الى الامام **قوله** ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه لم ينسبه الى شين معصية ولم يتعلق به شين اصلا بل انما الحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذيب يا حجام يا بغيا يا ولد حرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا مسخرة يا ضحكة يا كشخان يا ابله يا ابن الحجام وابوه ليس بحجام او يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك يا كلب يا رستاقي يا مواجر يا موسوس لم يعزر والحق ما قاله بعض اصحابنا انه يعزر في الكشخان اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث والمراد به والقرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على امرأته ومثله في عرف ديار مصر والشام المعرض والقواد وتعم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة واختار الهندواني انه يعزر به وهو قول الائمة الثلاثة لان الالفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا وفي فتاوى قاضي خان في يا كلب لا يعزر قال وعن الفقيه ابي جعفر انه يعزر لانه يعد شتيمة ثم قال والصحيح انه لا يعزر لانه كاذب قطعا انتهى وفي المبسوط فان العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذيب وذكر قاضي خان عن اساذه ابي يوسف في يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفي رواية محمد لا يعزر وهو الصحيح والمصطحب التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف فصلت ثلاثة والمذهب هو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندواني يعزر مطلقا والمفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيعزر قائلا اذا فلا يعزر في مقامه وفي قدر وقيل في بلد وانا اظن انه يشبهه يا ابله ولم يعزر وابه **قوله** والتعزير اكثره تسع وثلثون سوطا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبلغ به خمسة وسبعون سوطا والاصل في نقصه عن الحدود قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ذكر البيهقي ان الحفاظ قالوا انه مرسل واخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير ورواه ابن ماجه في فوائده ثنا محمد بن حسن الاصبحي ثنا محمد بن علي المقدمي ثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن

ما الحق الشين به للمتيقن بغيبة وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد سبا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا حسن والتعزير اكثره تسعة وتسعون سوطا واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسا وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا اعتبر بتليغه حد الزنا وهو مائة يبلغ خمسا وسبعين سوطا والاصل فيه ان نظر الى المعنى الحق وهو حق العبد في انتقاف فضل فاء اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وابو يوسف رحمه الله اعتبر اقل الحدين الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ما روي عن علي رضي الله عنه

عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسلا فقال اخبرنا سعر بن كرام اخبرني ابو الوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند اكثر اهل العلم واذا كنزم ان لا يبلغ به حدا وابو حنيفة ومحمد نظرا الى صيانة عموم في النكرة في النفي فصرفاه اليه فنقصاه عن حد الارقاء لان الاربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ اليها بالنص المذكور خصوصا والمحل محل احتياط في الدرء وابو يوسف اعتبر اقل حدود الاحرار لان الاصل الحرية ثم نقص سوطا وفي رواية هشام عنه وهو قول زفر وهو القياس انه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون من افراد المسكوت عن النهي عنه وفي ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون قيل وليس فيه معنى معقول وذكر ان سبب اختلاف الرواية عنه انه امر في تعزير رجل بتسعة وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا بأصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد الاربعة الاخير لنقصانها عن الخمسة فظن الذي كان عنده انه امر بخمسة وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين قال وردي مثله عن عمر يعني خمسة وسبعين وليس بصحيح ونقل عن ابي الليث قال قيل ان ابا يوسف اخذ النصف من حد الاحرار واكثره مائة والنصف من حد العبيد واكثره خمسة فتحصل خمسة وسبعون وصح اعتبار هذا الاخذ وهو يضره بعد ان اثره عن علي كما ذكر في الكتاب من انه قلد عليا فيه وكونه لا يعقل يؤكده اذا الفرض انما لا يدرك بالراي يجب تقليد الصحابي فيه وانما يتم جوابه بمنع ثبوته عن علي كما قال اهل الحديث انه غريب ونقله البغوي في شرح السنة عن ابي ليلى وبقولنا قال الشافعي في الحر وقال في العبد تسعة عشر لان حد العبد في الخمر عنده عشرون وفي الاحرار اربعون وقال مالك لا حد لاكثره فيجوز للامام ان يزيد في التعزير في الحد اذا رأى المصلحة في ذلك مجانبا للهوى النفس لما روي ان معن بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فاخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه وكلم فيه فضربه مائة اخرى فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه وروى الامام احمد باسناده ان عليا اتى بالنجاشي الشاعر قد شرب خمرا في رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين سوطا لفطره في رمضان ولنا الحديث المذكور ولان العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز ان يبلغ بما هو دون الزنا فوق ما فرض للزنا وحديث معن يحتمل ان يكون قد اذن له بالكثرة او كان في نيته يشتمل كثرة منها للتزويره واخذ مال بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الحيلة لغيره ممن كانت نفسه عارية عن استشعار امرها وحديث النجاشي ظاهر على ان لا احتجاج فيه فانه نص فيه على ان ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان وقد نص على انه لهذا المعنى ايضا الرواية الاخرى القائلة ان عليا رضي الله عنه اتى بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين وقال ضربناك العشرين بتجرئك على الله تعالى تعالى وافطارك في رمضان فان الزيادة في التعزير على الحد في هذا الحديث وعن احمد لا يزاد على عشرة اسواط وعليه حمل بعض اصحاب الشافعي مذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله اذا صح الحديث فهو مذهبي فقد صح عنه عموم في الصحيحين وغيرهما من حديث ابي بردة انه قال لا يجلد فوق عشرة اسواط الا في حد من حدود الله واجاب اصحابنا عنه وبعض الثقات بانه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير انكار احد وكتب عمر الى ابي موسى ان لا يبلغ بنكال اكثر من عشرين سوطا ويروى ثلاثين الى الاربعين وبما ذكرنا من تقدير اكثره بتسعة وثلاثين يعرف ان ما ذكر مما تقدم من انه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض الى راي الامام اي من النواحي فانه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره اما ان اقتضى راي الضرب

تقرير الادنى في الكتاب ثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام ان يقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر به لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف رحمه الله على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس القبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال وان رأى الامام ان يقيم الى التهذيب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفي به فجاز ان يقيم اليه وهذا هو الشروع في التعزير وانما قيل تقريبا لتهمة شروع في الحد لانه من التعزير قال والضرب التعزيري لانه جزئي التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كالحدود وذلك الى ذوي الرأي المجتهدين وهذا لان التفريق على الاعضاء قال فرجد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم لانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم دون الشرب لان سببه متيقن به فكمل حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف

في خصوص الواقعة فانه لا يزيد على تسعة وثلاثين قوله ثم قدر الادنى في الكتاب يعني القدوري بثلاث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام ان يقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر به لانه يختلف باختلاف الناس وجه مخالفة هذا الكلام لقول القدوري انه لو رأى انه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وبه صرح في الخلاصة فقال واختيار التعزير الى القاضي من واحد الى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدوري انه اذا وجب التعزير بنوع الضرب فرأى الامام ان هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة لانه حيث وجب التعزير بالضرب فاقل ما يلزم اقله اذ ليس وراء الاقل شيء واقله ثلاثة ثم يقتضي به انه لو رأى انه انما ينزجر بعشرين كانت العشرون اقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه فلو رأى انه لا ينزجر باقل من تسعة وثلاثين كان على هذا الاكثر التعزير فاقل ما يجب سنه في ذلك الرجل ويبقى فائدة تقدير الاكثر بتسعة وثلاثين انه لو رأى انه لا ينزجر الا باكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك ويضربه الاكثر فقط نعم يدل ذلك التقدير بنوع آخر وهو الحبس مثلا قوله وعن ابي يوسف رحمه الله على قدر عظم الجرم وصغره واحتمال المضروب وعدم احتماله وعنه انه يقرب كل نوع من اسباب التعزير من بابه فتعتبر باللمس والقبلة للاجنبية والوطء دون الفرج من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي من حد القذف وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قيل معناه تعزر في اللمس الحرام والقبلة اكثر جلدات التعزير ويعزر في قوله نحو ما كان وباضعف اقل جلدات التعزير لكن في فتاوى قاضي خان ان اسباب التعزير ان كانت من جنس ما يجب به حد القذف يباع القصاص التعزير وان كان من جنس ما لا يجب به حد القذف لا يجب به ايضا فيكون مفوضا الى رأي الامام قوله وان رأى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل وذلك بان يرى ان اكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر به او هو في شك من ان زجاره بها يضم اليه الحبس لان الحبس صلح تعزيرا بانفراده حتى لو رأى الامام ان لا يضربه ويحبسه ايا ما عقوبة فعل ذكره في الفتاوى وغيرها وهو قول الائمة حتى جاز ان يكتفي به وقد ورد به الشرع في الجملة وهو ما سلف من انه عليه السلام حبس رجلا في تهمة فجاز ان يقيمه اذا شك في زجاره بدونه قوله وبهذا اي ولان الحبس بمفرده يقع تعزيرا اذا لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته اي لم يشرع الحبس تهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتيمة فاحشة او انه ضربه واقام شهودا لا يحبس قبل ان يسأل عن الشهود ويحبس في الحدود وبهذا لانه اذا عدلت الشهود لم يكن اقامة الواجب حسا فقط وكان الحبس تمام موجب ما شهدوا به فلو حبس قبله لزم اعطاء حكم السبب له قبل ثبوته بخلاف الحد لانه اذا شهدوا بما يوجبه ولم يعدلوا حبس لانه اذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به سببا آخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للتهمة قوله واشد الضرب التعزير لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف ليلا يودي الى فوت المقصود من الانزجار ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء بخلاف التخفيف فيه من حيث العدد وذكر في المحيط ان محمدا ذكر في حدوده الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء وذكر في اشربته الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسألة روايتان بل هو موضع ما ذكر في الحدود اذا وجب تبلغ التعزير الى اقصى غايته بان اصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع او اخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج واذا بلغ غاية التعزير فرق على الاعضاء والا فسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه وهو موضع ما في الاشربة واذا عزر ادنى التعزير كثلاثة ونحوها وقد اجد حدا يسيرا فالاقامة في موضع واحد لا يفسده وتفريقها ايضا لا يحصل به مقصود والانزجار فيجمع في

ومن حق الامام او نوابه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا تقيد بشرط السلامة كالقصاص والقطع بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق له والاطلاق قد يقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رح تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ لانه اذا التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم عليهم قلنا اذا استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

محل واختلف على هذا في مقدار الضرب قوته لا جمعه في نفسه واتحد كما قيل اذا الصحيح انه لا يجمع في غير واحد مطلقا ثم حد الزنا بالتعزير في الشدة قوة ثبت بالكتاب واعظم جناية حتى شرع فيه الرجم وهو اتلاف النفس بالكلية ثم حد الشرب لانه ثبت باجماع الصحابة لكن لا يتلى في القرآن وفي رتبة حرم كان غير مقدر على ما تقدم ولان سببه متيقن فيكون سببيته لا شبهة فيها والمراد الشرب يتيقن السببية لان لا يتيقن البتة لانه بالبينة او الاقرار وبالاول جبان اليقين فان قيل يعيد انه شرعا بمعنى ان عندهما يتيقن بلزوم الحد وان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة قلنا كذلك القذف يثبت بالبينة والاقرار فلا يقع فرق حينئذ بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه قربة وبالبينة لا يتيقن بذلك جواز ان يعد قذفا بالنسبة اليه ولانه يجري فيه التغليظ بسبب الشهادة فلا يغلظ مرة اخرى من حيث الوصف وهو شدة الضرب ولان الشرب يتنظم القذف كما قال علي رض اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزاد للحد وتظر الى المظنة فلا يغلظ بالشدة فاشدها التعزير واخفها حد القذف وعند احمد اشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط بانه يجرد ويعزر في ازار واحد وفي الفتاوى قاضي خان يضرب في التعزير قائما معلقا ثيابه ينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير قوله ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي رح يضمن ثم في قول تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقهم بسبب عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان اصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين في التعزير فيكون فعله مباحا فيقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته ولنا ان التعزير لحق الله تعالى وفعل المامور لا تقيد بشرط السلامة كما في القصاص ولانه لا بد له من الفعل والا عوقب والسلامة خارجة عن وسعه اذ الذي في وسعه ان لا يتعرض لسببها القرب وهو بان يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب بعينه او يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو معلوم زاجر وقد يتفق ان يموت الانسان به فلا يتصور الامر بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف الباحات فانها رفع الجناية في الفعل واطلاقه وهو مخبر فيه بعد ذلك غير عزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولانه يضمن ذا عزر امرأته فماتت لانه مباح وفعله ترجع اليه كما ترجع الى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما امر الله به وذكر الحاكم لا يضرب امرأته على ترك الصلوة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا ادب الصبي فمات منه فلا ضمان عندنا والشافعي في الجامع زوجته فماتت او افضاها لا يضمن عند ابي حنيفة رح وابي يوسف ذكره في المحيط مع انه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد تتمة الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير ان لا يجيبه قالوا لو قال له بالخبيث الاحسن ان يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤدبه يجوز ولو اجاب مع هذا فقال بل انت لا باس به واذا اساء العبد الآبق حمل لمولاه تاديبه وكذا الزوجة وفي الفتاوى القاضي ليس له ان يحبس في القيد والسلسلة ويحلق ويحبس في السجن الا ان يظهر السوء وفيها عن ابي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلوة يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى انه يحكم ما يفعل ان تاب او قال انه يعلم ما لا يعلم الا الله تقبل توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل برددتها وان كانت الساحرة تقتل عندنا كالساحر ولو ارتد ساحر ثم جاء تائبا قبل ان يؤخذ قبلت توبته وان جاء بعد ما اخذ لم تقبل توبته وان كان لا يعرف بالسحر ويحدد انه كيف يعمل فاذا ان السحر لا يعمل فانه لا يقتل اذا

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستتار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه انشاء الله تعالى والمعنى اللغوي مرعي فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب انسان على انسان واخذ المال من البيت مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عن الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عن المالك او من يقوم مقامه

اخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفي الفتاوى رجل يحذر لبسه للناس ويفرق بين المرء وزوجته تهلك اللابسة فهذا اشد وبحكم بارتداده ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد ان له اثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير اعني عدم الحكم بارتداده فينبغي ان يكون حكمه ان يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل تحل الكتابة بما علم ان فلانا يتعاطى من المنكر لابنه قالوا ان وقع في قلبه ان اباه يقدر ان يغير على ابنه حل له ان يكتب وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين المرء وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبهة الشرب وان لم يشربوا ومن معه زكوة خمر والمفطر في نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم يبيع الخمر او يأكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمي يعزر لانه ارتكب معصية وكذا من قبل جبهة غيره او مسها بشهوة والله اعلم

كتاب السرقة

لما كان المقصود من الحدود والزواجر عن اسبابها بسبب اشتملت عليه من المفاسد رعى من ترتيبها في التعليم ترتب اسبابها في المفاسد فما كانت مفسدته اعظم تقدم على ما هو اخف لان تعليمه وتعلمه اهم واعظم المفاسد ما يودي الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يودي الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يودي الى افساد العرض وهو القذف فانه امر خارج عن الذات يوشر فيها ويلحق امرا قبيحا ويليه ما يودي الى اتلاف المال فانه الاخر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان اخرا فاخر وللسرقة تفسيرات لغة وهي ما ذكر في الكتاب وهي اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستخفيا وفي الشريعة هي هذا ايضا انما زيد على منهومها قيود في اناطة حكم شرعي بها اذ لا شك ان اخذ اقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي فاذا قيل للسرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يعين بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي اخذ العاقل البالغ عشرة دراهم او مقدارها خفية عمن هو مقصد للحفظ مما لا تسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتتم الشبهة في التأويل فلا يقطع السارق من السارق ولا احد الزوجين من الاخر او ذي الرحم المحرم الكائنة والنقل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى تتعين بالامر له كالصلوة على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هي في منهومها اللغوي والزيادات شروط غير مرضي والقطع بانها للافعال والقراءة عندنا ولو لغير الفاتحة فكيف يقال انها في الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والغرض انه لا يتبادر الدعاء فقط هذا في السارق من السارق خلاف قوله والمعنى اللغوي يعني الخفية مراعا فيها ابتداء وانتهاء وذلك في سرقة النهار في المصر او ابتداء لا غير وهي في سرقة الليل فلذا اذا دخل البيت ليلا خفية ثم اخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره في المصر نهارا واخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك من الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات في الليل تصير مغالبة اذ قليلا ما يختفي في الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها او يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله او كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع ولو كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن غير المالك او من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والغاصب

قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع لاصله فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تقل في الحقير وكذا الحرز لانه يحترز عن الاخذ فلا يتحقق هتك ركنه ولا حكمة الزجر كما في الغلب والنقد بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رحمه التقدير بربع دينار وعند مالك رحمه بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله عليه السلام ما كان الا في ثمن المجن وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم ولا اخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رحمه يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهما والثلثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتياطا للدرء ومحمد رحمه الله فوق الكل شرط عدم الجناية وهي دائرة للحرز فتدار عليه لقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم

والمرتهن كانت الخشبة المعتبرة في الكبرى مسارقة غير الامام ومنعة المسلمين الملزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الاخذ المذكور والشروط بعضها الحكم ومنها تفصيل النصاب فيما في اثنار المسائل قوله واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع الآية في وجوب القطع قوله تع والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما لانها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب قوله ولا بد من التقدير بالمال الخطير اختلف في انه هل يقطع بكل مقدار من المال ولا بد من مقدار معين للقطع في اقل منه فقال بالاول الحسن البصري وداود الخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الآية ولقوله عم لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده رواه متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا بمال مقدر لقوله عم لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا متفق عليه فلزم في الاول التاويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة من الحديد او النحاس ولو قيل ونسخ البيضة ليس اولى من نسخ ما رويتم قلنا لا تاريخ لبقي وجه اولوية الحمل هو مع الجمهور فان مثله في باب الحدود متعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك وبه تبين اطلاق الآية وبالعقل وهو ان الحقير مطلقا تقل الرغبات فيه فلا يمنع اصلا كحبة قمح وهو معالشبهة الطلاق الآية وكذا لا يخفى اخذه فلا تحقق باخذه ركن السرقة وهو الاخذ خفية ولا حكمة الزجر ايضا لانها فيما يغلب فان ما لا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى الزاجر عنه فهذا مخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف الشارطون للمقدار معين في تعيينه فذهب اصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب مالك واحمد الى انه ربع دينار او ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطاه عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن عمرة بنت عبد الرحمن ان سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان رضه اترجة فامر بها عثمان فقومت ثلاثة دراهم من صرف اثنا عشر بدينار فقطع عثمان يده قال ما اجب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف او اتضع وذلك انه عم قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في اترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا اقصى ما سمعته الى انتهاء وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم اخرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا غير ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فالثلاثة ربعها فني مسند احمد عن عائشة عنه عليه السلام اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم ويتظهر ان المراد مما ذكر المص من قوله ان القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به اذ ليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتياطا للدرء فعرف انه قد قيل في ثمن المجن اكثر مما ذكر ويؤيد ذلك حديث ايمن رواه الحاكم في المستدرك عن مجاهد عن ايمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عليه ونقل عن الشافعي رح انه قال لمحمد بن الحسن رض هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يقطع في ربع دينار فصاعدا فكيف قلت لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن ايمن بن ام ايمن انكرناه ابن زيد لامه عن الشافعي اجاب بان ايمن ابن ام ايمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل ان يولد مجاهد قال ابن ابي حاتم في المراسيل

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو لا عتبار رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع

وسألت ابي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحاكم عن عطاء ومجاهد عن ايمن وكان فقيها قال تقطع يد السارق في ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال ابي هو مرسل وارى انه والد عبد الواحد بن ايمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر ان ايمن اسم للصحابي وهو ابن ام ايمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعي اخر وقال ابو الحجاج المزني في كتابه ايمن الحبشي مولى بني مخزوم وروى عن سعيد وعائشة وجابر وعنه ابنه عبد الواحد وثقه ابو زرعة ثم قال ايمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة الى ان قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائي ما احسب له صحبة وقد جعله اسماعيليون واما ابن ابي حاتم وابن حبان فجعلا هما واحدا قال ابن ابي حاتم مولى ايمن الحبشي مولى ابن ابي عمر روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد سمعت ابي يقول ذلك وسئل ابو زرعة عن ايمن والد عبد الواحد فقال حكى ثقة وقال ابن حبان في الثقات ايمن بن عبيد الحبشي مولى ابن ابي عمر المخزومي من اهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن ايمن وكان اخا اسامة بن زيد لامه وهو الذي يقال له ايمن ابن ام ايمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم ان له صحبة وهم حديثه في القطع مرسل فهذا يخالف الشافعي وغيره ممكن ذكر ان ايمن ابن ام ايمن قتل يوم حنين وانه صحابي حيث جعله من القائلين وكذا فعل الدارقطني في سنة ايمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبي صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذي يروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينارا روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف في ايمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي ام تابعي ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكر ابو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادح بل هو حجة فوجب اعتباره فقد اختلف في تقويم المجن اهو ثلاثة او عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما امكن في الحدود ثم يقوى ما رواه النسائي انفا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم واخرجه الدارقطني ايضا واخرجه هو واحمد في مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وكذا اسحق ابن راهويه وروى ابن ابي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن فقطع فيه وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المص وتاييد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في ربع دينار او عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني في معجمه واشار اليه الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روي عن ابن مسعود انه قال لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم عن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل ما رووه الا عن القاسم لكن في مسند ابي حنيفة من رواية ابي مقاتل عن ابي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله بن مسعود قال كان تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول وفي رواية خلف بن ياسين عن ابي حنيفة انما كان القطع في عشرة دراهم واخرجه ابن خسرو من حديث محمد بن الحسن عن ابي حنيفة يرفعه لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا فالكان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع **قوله واسم الدراهم** يعني في الحديث وهو قوله

والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في عامة البلاد قوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من عرض لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد انشاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف مستدرك فيتكامل صيانة لاموال الناس

او عشرة دراهم تطلق على المضروبة عرفا فاذا اطلق بلا قيد فهو وجه استحسان كونها مضروبة في القطع كما ذكر في القدوري وهو ظاهر الرواية وهو الاصح للظاهر من الحديث ورعاية لكمال الجناية لانها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لا تقطع بها ولو تجوز بها لان نقصان الوصف بنقصان الذات وعن ابي يوسف يقطع بها اذا كانت رايجة حتى لو سرق عشرة تبرا اي فضة غير مضروبة صكا قيمتها اقل من عشرة مصكوكة لا يجب القطع على ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يقطع للاطلاق المذكور وانت تعلم ان المطلق يقيد بالعرف والعادة قوله والمعتبر وزن سبعة يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة مثاقيل كما في الزكوة وتقدم بحثنا فيها في الزكوة وهو انه ينبغي ان يراعى اقل ما كان من الدراهم على ما قالوا واما هنا فمقتضى ما ذكروه من ان الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة اصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة ان يعتبر في القطع وزن عشرة هذا مقتضى اصلهم في ترجيح تقدير المجن بعشرة بانه ادرء للحدود ما كان وارءا كان اولى لا يقال هذا احداث قول ثالث لانا نقول لا نسلم فانه انما يكون ذلك اذا تحققنا ان كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فان ممن نقل تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطاء ولم ينقل تقديرها بوزن سبعة ولا يتحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان قيل كما لشافعية انها كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا قوله وقوله اي قول القدوري او ما تبلغ قيمته عشرة اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بالدراهم وان كان ذهبا حتى لو سرق دينارا قيمته اقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد من الدينار المذكور انه يقطع به في الحديث ما يكون متقوما به لا قيمة الوقت اي يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جيادا بوزن سبعة مثاقيل او اكثر سواء كان في الوقت كذلك او لا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمته غير الفضة عشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب خلل وفوات بعض العين فعلى هذا اذا سرق في يوم قيمته عشرة فاخذ في اخرى وقيمتها فيها اقل لا يقطع وفي قول الطحاوي يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق اقل من وزن عشرة فضة تساوي عشرة مصكوكة لا يقطع لانه يخالف النص في محل النص وهو قوله لا قطع الا في ربع دينار او عشرة دراهم في محل النص وهو ان يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب الماخوذ وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر في علامة فتاوى سمرقند اذا سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب دعارا للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدراهم الا ترى انه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وان كان الكيس لا يساوي درهما ولا بد ان يكون للمسروق منه يد صحيحة حتى لو سرق عشرة ودية عند رجل ولو بعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف وان يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الدار وخرج لا يقطع ولا ينتظر ان يتوضأ بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وان يخرج النصاب بمرة واحدة فلو اخرج بعضه ثم دخل واخرج باقيه لا يقطع قوله والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل بين حر وعبد ولانه يمكن التنصيف فيتكامل

ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يقطع الا باقراره مرتين ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فتعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبارا في الزنا ولهما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولهذا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع

وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة صيانة لاموال الناس والرق منصف فما امكن فيه التنصيف نصف ما عليه وبه يحصل موجب العقوبة وما لا كمل صفة ورتبة والاحد في السبب في حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد فحد على نصف حد الاحرار لقبوله التنصيف بخلاف الرجم على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناوله الاقرار قوله ويجب القطع باقراره رواه حماد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ومالك والشافعي واكثر علماء الامة وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين وهو قول احمد وابن ابي ليلى وزفر وابن شبرمة ويروى عن ابي يوسف اشتراط كون الاقرارين في مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى اما المنقول فما روى ابو داود عن ابي امية المخزومي انه عرض لسارق قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال بلى يا رسول الله فاعاد ما عرض مرتين او ثلاثا فامر به فقطع فلم يقطعه الا بعد تكرار اقراره وسنده الطحاوي الى علي رضي الله عنه ان رجلا اقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدتا على نفسك شهادتين فامر به فقطع فعلقها في عنقه وبالمعنى فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال لما فيتعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهود ونظيره الحاق الاقرار في حد الزنا في العدد بالشهادة فيه ولابي حنيفة ما اسند الطحاوي الى ابي هريرة في هذا الحديث قالوا يا رسول الله ان هذا اسرق فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقال فذهب به فقطع ثم جيء به فقال تب الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة واما المعنى فما ذكرنا في حد القذف في القصاص وهو ان لم يكن فهو في معناه من حيث ان عقوبته بكل واحد من ظهر الموجب فيكتفى به كالقصاص وحد القذف والمال فيما يسقط بالشبهات فرع السارق لان اعتبار العدد في الشهادة انما هو لتقليل التهمة والتهمة في الاقرار لا تتمكن لان الانسان في حق نفسه يعد ضررا بالغا على ان في الاقرار الاول ما صار مقضيا به لانه اخبار محض فيحتمل الصدق والكذب فبالتكرار يزداد صدقا او كذبا فيظهر زيادة في احتمال الصدق فان قيل فائدته رفع احتمال كونه رجع عنه اجاب المصنف بقوله وباب الرجوع في حق الحد لا ينتفي بالتكرار فكان يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه لوجه لان صاحب المال يكذبه فلا يقبل رجوعه عنه وانما النظير المذكور اعني اشتراط كون الاقرار بالزنا متعددا كما في الشهادة به فلا نسلم ان ذلك بطريق القياس كيف واصله اعني الشهادة وفي علامة العيون حكمه وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس قالوا واقع ان كلا من تعدد الشهادة وتعدد الاقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه اعلم فرع في عيون المسايل قال سرقت من فلانة مايتي درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن المايتين هذا ان ادعى المقر له المالين وهو قول ابي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بمايتين واقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وبه ينتفي الضمان بخلاف قال سرقت مايتي درهم بل مايتين فانه يقطع ولا يضمن شيئا لو ادعى المقر له المايتين لانه اقر بسرقة مايتين ووجب القطع وانتفى الضمان والمايتان الاولى لا يدعيهما المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مايتين بل ماية لم يقطع ويضمن المايتين لانه اقر بسرقة مايتين ورجع عنها فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالماية اذ لا يدعيها المسروق منه ولو انه صدقه في الرجوع الى المايتين لا ضمان وفي علامة العيون قال انا سارق هذا الثوب يعني بالاضافة قطع ولو نون القاف لا قطع لانه على الاستقبال

قال ويجب بشهادة شاهدين تتفق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي أن يسألهما الامام عن كيفية السرقة وما سيقتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزنبور والمغرة او النورة

والاول على الحال قوله ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق وهذا باجماع الامة قوله وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة اي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع بها كان نقب الجدار وادخل يده فاخرج المتاع فانه لا يقطع على ظاهر مذهب الثلاثة او اخرج بعض النصاب ثم عاد واخرج البعض الآخر او ناول رفيقه الذي على الباب فاخرجه ويسألهما عن ماهيتها فانها تطلق على استراق السمع والنقص من اركان الصلوة وعن زمانها لاحتمال التقادم وعند التقادم اذا شهدا بالضمان لا بالقطع على ما مر وتقدم ايضا واورد ان التقادم ينبغي ان لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا تهم في تأخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمعصوم يقاتحان ويسألهما عن المكان لاحتمال انه سرق من دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره التقاطا في الكافي وعن المسروق اذا سرقه كل مال لا يوجب القطع كما في الثمر والكثر وعن قدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وانت تعلم ان شهادتهم بانه سرق من هذا الحاضر وخصومته الحاضر لا تستلزمان سكانهما النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم ان يقول سرق مالي وانما مولاه او وجد وانما يسأل عن هذه الامور احتياطا للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يستوفي الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يرى حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لانه صار متهما بالسرقة والتوثق بالتكفيل ممتنع لانه لا كفالة في الحدود وههنا نظر وهو ان اعطاء الكفيل بنفسه جايز وعلى قول ابي يوسف يجوز ولم يقع تفصيل في هذا الحكم اعني حبسه عند اقامة البينة حتى يذكر او مقتضى ما ذكر من انه يحبس تهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب انه صار متهما بالفساد انه لو صح التكفيل ينبغي ان لا يعدل عن حبسه بسبب لازمه من التهمة بالفساد في الارض وكذا ذكر في الفتاوى من تهيم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في الحبس الى ان يظهر التوبة بخلاف ما يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلوة فانه يحبس ويؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وللامام ان يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر للتوبة مشروع واذا عدل الشاهد ان المسروق منه غايب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهد ان غايبان لم يقطع ايضا حتى يحضروا وكذلك في الموت وهذا في كل الحدود سوى الزنى ومضى القصاص ان لم يحضروا والاستحسان هكذا في الكافي والحاكم

قوله واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع ومعلوم تقييده قطعهم بما اذا لم يكن منهم احد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي وعند مالك يقطعون وان لم يصب احدهم نصاب لعدم كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص على القطع لكل سارق بقيمة نصابا ولم يوجد ولا يجب الحد عنده من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون السرقة نصابا

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ما يقطع فيه هو ما لا يقطع فيه المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فموثمان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا اخره عن بيان السرقة وما تحصل بها قوله لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام اي اذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد ان احرز وصار مملوكا التافه والتافه الحقير الخسيس من باب ليس كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير

الامام ابن ابي شيبة رض قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورة غير مرغوب فيه حتى تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقليله يوجد اخذ على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزجر لهذا الرجب لقطع في سرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيما ناقص لا يجري لان التحرز انما يكون على الابواب انما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحل يتناول ما يدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام كما ذكرنا ولا طلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء لا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليه ما ذكرنا

والصيد بريا او بحريا والزرنيخ والمغرة وهو بفتح الغين الطين الاحمر ويجوز اسكانها والنورة قوله والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها رواه ابن ابي شيبة في مصنفه وسنده ثنا عبد الرحمن بن سليمان عن هشام بن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه زاد في سنده ولم يقطع في ادنى من ثمن مجنة او ترس ورواه مرسلا ايضا ثنا وكيع عن هشام ابن عروة عن ابيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابن جريج عن هشام به وكذا اسحق بن راهويه اخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل مسندا اخرجه عن عبد الله بن قبيصة القراري عن هشام بن عروة عن عائشة رضي الله عنها ولم يقل في عبد الله هذا شيئا الا انه قال لم يتابع عليه ولم ار للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لا بين ان في رواياته نظرا ولا يخفى عن هذه المرسلات كلها حجة وقد تقدم وصله من حديث ابن ابي شيبة ومتابعة عبد الرحمن بن سليمان واذا عرف هذا فقال المصنف ما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته اي الاصلية بان لم تحدث فيه صنعة متقومة غير مرغوب فيه حقير فيكون تناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا ثم قوله بصورته يخرج الابواب والاواني من الخشب وغير مرغوب فيه ليخرج نحو المعادن من الذهب والفضة واليواقيت واللؤلؤ ونحو ما من الاحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا النظر لبعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي ان يقطع به لانه يحمر ويصبان في دكاكين العطارين كسائر الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والانبوس واختلفت في الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه في الدكاكين وقوله تقل الرغبات فيه يعني فلا تتوفر الدواعي على استصفائه وعلى المعالجة في التوصل اليه ولا يضمن به الطباع اذا احرز حتى انه قلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا ينسب الى الخيانة بناء على ان الظنة بها تعدم من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب قال المصنف ولان الحرز فيما ناقص فان بصورته الاولى يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز قال والطير يطير يعني من شأنه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه ان قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز الا ان هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي في الصيد قبل الاحراز ليقوله عزم الصيد لمن اخذه وهو حال كونه على تلك الصفة اي الاهلية تورث الشركة العامة شبهة فيه بعد الاحراز فيمنع القطع والوجه ان يحمل على ان الشبهة العامة الثابتة في الكل بالاباحة لا صلبها ثابتة بالاجماع واما قوله عزم الناس شركاء في ثلاث فانما يتناول الخشب والقصب بلفظ الكلاء ففيه قصور ايضا قال ويدخل في السمك المالح والطري وصوابه السمك المليح او المملوح وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير فيقبل احرازه عنه واما قوله ولاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن نسيار قال اتي عمر بن عبد العزيز في رجل سرق دجاجة فاراد ان يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن سفيان عن محمد عن يزيد بن حفصة قال اتي عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى في ذلك السايب بن يزيد فقال ما رايت احدا قطع في الطير وعليه في ذلك قطع فتركه عمر فان كان هذا اجماعا للرأي فيه فحكمه حكم السماع والا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف قوله وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطير والتراب والسرقين وروي عنه الا في الماء والتراب والطين والجص والمعادن والبيذنج لان ما سوى هذه الاموال تقوم

قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل اللوذي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كما نهيا للاكل منه وما في معناه كالبقل والثمر لانه يقطع في الخمطة والكثر اجماعا وقال الشافعي رح يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز

محرزة فصارت لغيرها والاباحة الاصلية زالت وزال اثرها بالاحراز بعد التملك وهو قول الشافعي رح والحجة عليها ذكرنا من حديث عائشة وثبوت الشبهة قوله ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والخبز اقتصاد ذكره في الايضاح وشرح الطحاوي ولا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوحا قديدا او غيره والفواكه الرطبة وعن ابي يوسف رح يقطع بها وبه قال الشافعي لما عنه عرم من رواية ابي داود والنسائي وابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن عبد الله بن عمر انه عرم سئل عن الثمر المعلق فقال من اصاب بفيه من ذوي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه ومن سرق منه شيأ بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع اخرجه ابو داود عن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبد الله بن الاخنس وعن محمد بن اسحق اربعتهم عن عمرو بن شعيب به واخرجه النسائي ايضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به وفي رواية ان رجلا من مزينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التي توخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب نكال وما اخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن قالوا يا رسول الله فالثمر قال ما اخذ منها في اكمامها فقال من اخذ بفيه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال وما اخذ من اجرانه ففيه القطع رواه احمد والنسائي وفي لفظ ما نرى في الثمر المعلق فقال ليس في شيء من الثمر المعلق قطع الا ما اواه الجرين فما اخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال ورواه الحاكم بهذا المتن وقال الامام اسحق بن راهويه اذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كايوب عن نافع عن ابن عمر ورواه ابن ابي شيبة ووقفه على عبد الله بن عمرو قال ليس في شيء من الثمار قطع حتى يأوي الجرين واخرجه عن ابن عمر مرسلا واجاب بانه اخرج على وفق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع لكن نافي المغرب من قوله الجرين المربد وهو الموضع يبقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي ان يكون فيه الرطب في زمان وهو اول وضعه واليابس وهو الكائن في آخر حاله فيه ثم ليس في هذه الاحاديث لفظ الجران وكانه وقع في بعض الالفاظ الجران فذكره المصنف على الشك وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جران فجاز ان يسمى به هنا الجراب المتخذ منه فكانه قال حتى يؤويه المربد او الجراب ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين اي المربد حتى يجف اي حتى يتم ايواء الجرين اياه فانه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الجرين الا قفص لان اليابس ليس حرز الرطب القطع بالاخذ منه اللهم الا ان يكون له حارس مترصد والجواب انه معارض باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر وقوله لا قطع في الطعام اما الاول فرواه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجة عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان ان غلاما سرق وديا من حائط فرفع الى مروان فاراد قطعه فقال رافع بن خديج قال النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان في صحيحه مرتين في القسم الاول وفي القسم الثاني قال عبد الحق هكذا رواه سفيان بن عيينة ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعا انتهى وكذا رواه مالك والحاصل انه تعارض الانقطاع والوصل اولى لما عرف انه زيادة من الراوي الثقة وقد تلقت الامة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا في الرطب الموضوع في الجرين وفي مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحدود بالقدم متروك الظاهر فانه لا يضمن السارق بمثله قيمته وان نقل عن احمد فعلها الامة على خلافه لانه لا يبلغ قوته ثبوت كتاب الله تعالى

ولا يقطع في الأشربة المطربة لان السارق يتأول في تناولها الاراقة ولان بعضهم يقول وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رحمه مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان كلا منهما تناول في اخذة القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لانجاد والاوراق والحلية انما هي تواليم ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب

وهو قوله ثم فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلا يتبع عنه عموم ذلك فنسبه دلالة النسخ او النسخ فينفرد بهذا الحديث المباشر فبطل قول من قال بتقييد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل يعني تفصيل الحديث المذكور بين ان يأكله من اصاب الخمل فلا شيء عليه او يخرجه فعليه ضعف قيمته وجلدات نكال او يأخذه من بيدر وحرز فيقطع والكثر الجمار وقيل هو الودي وهو صغار النخل وجرم في المغرب انه خطأ وما الحديث الثاني فاخرجه ابو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اني لا اقطع في الطعام وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الارسال وانت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه ويجب اعتباره في غير محل الاجماع ولما كان الاجماع على انه يقطع في الحنطة والسكر لزم ان يحمل على ما تسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل سندا في معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا في الجرين وغيره هذا والقطع في الحنطة وغيرها اجماعا انما هو في غير سنة القحط اما فيها فلا سواء كان مما تسارع اليه الفساد او لا لانه عن ضرورة ظاهرا وهي تبيح التناول وعنه عموم لا قطع في مجاعة مضطر وعن عمر رضي الله عنه لا قطع في عام سنة قوله ولا قطع في الاشربة المطربة الى المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة خراج يخرج فتستخف العقل فيصير منه الايلبون كما تراه من صياح التكليات وضرب فخذيهن وشق جيوبهن ضيعا لا يبكي نفعا وليس لمصيبتهن ثم يوجب لمن سرقها او شربها سرورا فيوجب ما هو معهود من التمايل والمسألة للاختلاف اما عندنا الاشربة الثلاثة فانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو مما تسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرا فللعلماء في تقومها اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به في موضع وجوب الدرء بالشبهة ولان السارق يحمل حاله على انه يتأول فيها الاراقة فتثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفي سرقة الاصل يقطع بالنخل ونقل الناطفي من كتاب المجرد قال ابو حنيفة لا قطع في النخل لانه قد صار خمرا مرة وفي نوادر ابي سليمان برواية علي الجعد لا قطع في الرب والجلاب قوله ولا في الطنبور ونحوه من آلات الملاهي بلا خلاف ايضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها وعن ابي حنيفة رحمه ان ضمنها لغير اللهو الا انه يتأول اخذه للنهي عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهي آلة اللهو قوله ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي ومالك وهو رواية عن احمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا وفي رواية اخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال محرز يباع ويشترى ولان درقة بال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينقص وفي رواية اخرى عن احمد ان اخذه يتأول القراءة لا قطع وجه الظاهر ان الاخذ يتأول في اخذه القراءة والنظر فيه ولان المالية للتبع وهي الحلية والاوراق للمتبوع وهو المكتوب واحرازه لاجله والاخذ ايضا يتأول اخذه لاجله لا للتبع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب لا يقطع وكمن سرق صبيا حرا وعليه حلي كثير لا يقطع لان المقصود ليس المال قال في المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم يقطع وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن ابي يوسف رحمه عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقته تمت في نصاب كامل ولكنا نقول السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم واذا كان عالما بالدراهم فقد قصد اخذ الدراهم بخلاف ما اذا لم يعلمها فان قصده الثوب وهو لا يساوي نصابا وقد تقدم في مسئلة ان كان الثوب مما يجعل عادة للدراهم قطع والا لا وهنا يرد بين العلم وعدمه فالحاصل انه يعتبر ظهور قصد السارق فان كان انما قصد النصاب من المال قطع والا لا وعلى هذا فمسئلة العلم بالمضروب وعدمه صحيح الا ان كونه يعلم او لا يعلم وهو المدار في نفس الامر

ولا يقطع في سرقة ... حتى لا يجب القطع سرقة ... قال ولا قطع في سرقة ... ولا يقطع في ... ولا قطع على ... ولا قطع في ... ولا قطع في ... ولا قطع في

ولا تقطع الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد به الا خط فكان المقصود هو الكاغد قال ولا في سرقة كلب لا هبة لان من جنسه ما يوجد مباحا لا صل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عند هما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة لها آخر هاية اول الكسر فيها ويقطع في اللهو والقناء والابنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها غير مرغوبة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام قال ولا يقطع في الفصوص والحصر والياقوت والزبرجد لانها من اعز الاموال اذ نفيسها لا توجد مباحا لا صل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني او ابوابا قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تختلف باختلاف الصنعة فيه لم يقطع لان الصنعة فيه غير متقومة لانها مباحة في الاصل وانما يجب القطع في سرقته لكونه مالا متقوما محرزا

الا ستثناء ابن قدامة ولم يذكر مشايخنا بل نصوا على انه لا قطع في الآدمي الذي يعقل سواء كان نائما او مجنونا او صبيا وقالوا هو ليس بسرقة اما غصب او خداع لا قطع في سرقة العبد الصغير الذي ليس بمميز ولا معبر عن نفسه بالاجماع لانه مال متقوم بذاته حكى الاجماع ابن المنذر مع ان ابا يوسف قال استحسن ان لا اقطعه لانه مال من وجه آدمي من وجه فصار كونه آدميا شبهة في ماليته فيندرىء الحد فالدفع منها لابد ان تسلط على هذه النكتة فنقول استدلالها كما قيل ولهما ان حقيقة السرقة وهو اخذ مال متقوم خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير ان المقصود وقول المصنف ولهما انه مال مطلق لانه ينتفع به ان كان ستة ويقتل او يعرض ان يصير منتفعا به ان كان بخلاف فلك احسن سنة لتضمين لفظ مطلق منع ان في ماليته شبهة وانضمام معنى الاولية اليه لا يوجبها بعد صدق مسمى المال الكامل عليه كيف وهو من اعز الاموال عند الناس وما فيه من المالية يعسره كمال فيه ليس بمال فسارقه كسارق درة نفيسة فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب هو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة في ماليته بما قلنا قوله ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ لانه لا يستفيد الاخذ به نفعا فكان المقصود الكاغذ فيدخل في عموم ولا قطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر وقد اختلفت في غيرها فقيل بالحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بالشريعة لان معرفتها قد توقف على اللغة والشعر والحاجة وان قلت كفت في ايراث الشبهة ومقتضى هذا انه لا اختلاف في القطع بكتب السحر والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها لاهل الديانة فكانت سرقة صرفا ولان عدم القطع بالحاقها بالكتب الشرعية وليست اياها اذ لا تتوقف معرفة الشريعة على ما فيها بخلاف كتب الادب والشعر ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع وعند الائمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها لانها مال متقوم وانت سمعت ما به الدفع قوله ولا في سرقة كلب لا هبة فيه بالاجماع خلافا لشهب قرين بن القاسم فانه قال عدم القطع في المنهي عن اتخاذه اما في المأذون في اتخاذه كالكلب للصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الاصل وبجنب الاصل هو غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة فيها قوله ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار وكذا جميع آلات اللهو لان عند هما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة لها تأول في اخذها الكسر في دال الدف الضم والفتح واختلف في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس آلة للهو قوله ويقطع في الساج والقناء والابنوس وهو بفتح الباء فيما سمع والصندل والعود الرطب لان هذه ليست مباحة في دار الاسلام وهو المعتبر واما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس شبهة في سقوط القطع لان سائر الاموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب ومع هذا القطع فينا في دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع في العاج ما لم يعمل وكذا نقل البقالي عن محمد في الابنوس والظاهر القطع كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فانه ينفي مالية العاج فحلت الشبهة في المالية يقطع في الفصوص والزبرجد لانها من اعز الاموال ولا توجد مباحة الاصل في دار الاسلام فصارت كالذهب قوله واذا اتخذ من الخشب اواني والبوابا قطع فيها لانه اذا اتخذ بالصنعة التحقت بالاموال النفيسة ولذا تحرز بخلاف الحصر لان الصنعة لم تغلب على الجنس لتقطع ملاحظة

ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

بها فلم يخرج بها من كونها تافها بين الناس حتى ان الحصير تبسط في غير الحرز وكذا القصب المصنوع يوارى بخلاف الخشب غلبة الصنعة فيه على الاصل فقطع فيما اتصلت به سنة حتى لو غلبت في الحصر الفضا قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والاسكندرية وهي العبادانية ويقطع عند الائمة الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفي عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى او بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت ذلك خرجت من ان تكون جلود السباع لانها اخذت اسما آخر انتهى وهذا ظاهر في ان غلبة الصنعة التي تقطع حكم الجنس بها ان يتجدد لها اسم وعلمت عدم القطع في الحصر التي ليست بنفيسة مع تجدد اسم اخر لها فليكن ذلك لنقصان احرازها حيث كان تبسط في غير الحرز او لشبهة الانتفاء فيها كما قالوا انه لا يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في الاجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها وظاهر الرواية في الزجاج انه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية وعن ابي حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الاواني ثم انما يقطع في الباب المصنوع من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز اما المركب فلا يقطع بعندنا فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار الى السكك وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثقيلا لا بحمله الواحد لانه لا يرغب فيه ونظر فيه بان تكلفه لا ينافي ماليته ولا ينقصها فانتقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه وهو مختلف ولذا اطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل قسم المبسوط وقدمنا ان عند الائمة الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم ومحرز بحرز مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرز النفسه يكون حرزا لغيره وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله امكن اعتبار الحرز في كل شيء

قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة وهما اسم فاعل من الخيانة وهو ان يؤتمن على شيء بطريق العارية او الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه او ينكر انه كان عنده وديعة او عارية وعلله بقصور الحرز لانه قد كان في يد المالك وحرزه لاحراز المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه احرزه بايداعه عنده لكنه حرز ما دون السارق في دخوله لانتهب لانه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع وكذا المختلس لانه المختفي لشيء من البيت ويذهب او من يد المالك وفي سنن الاربعة من حديث جابر عنه عليه السلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في احكامه وهو تصحيح منهما وتعليل ابي داود مرجوح بذلك وباقي الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم ومن العلماء من حكى الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن احمد في جاحد العارية انه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فامر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجماهير العلماء اخذوا بهذا الحديث واجابوا عن حديث عائشة رضي الله عنها بان القطع كان لسرقة صدرت منها بعد ان كانت ايضا تفعل ذلك بجحد العارية فعرفتها عائشة رضي الله عنها بوصفها المشهور فالمعنى امرأة كان وصفها جحد العارية سرقت فامر بقطعها بدليل ان في قصتها ان اسامة بن زيد شفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلوة والسلام خطيبا فقال انما هلك من كان قبلكم انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق منهم الضعيف قطعوه وهذا ينادي على انها حادثة واحدة لامرأة واحدة لان الاصل عدم التعدد والجمع بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الامة الحديث الاخر بالقبول والعمل به فلو فرض انها لم تسرق على ما اخرجه ابو داود عن الليث حدثني يونس عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة رضي الله عنها قالت استعارت امرأة منبي حليا على السنة اناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته فاخذت فاتي بها النبي صلى الله عليه وسلم فامر بقطع يدها وهي التي شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر

ولا قطع على النباش وهذا عندابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه لانه مال متقوم محرز بمحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للورثة لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الازجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما وراءه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا

مقيدا ويحمل القطع بجحد العارية على النسخ ولذا اجمل على انهما واقعتان وانعدم قطع الامر اذ يجحد الشباع واخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلناه في سنن ابن ماجة ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا عبد الله بن نمير ثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن امه عائشة بنت مسعود بن الاسود عن ابيها قال لما سرقت المراة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتلمنا ذلك كانت امراة من قريش فجئنا النبي صلى الله عليه وسلم فكلمه وقلنا نحن نفديها باربعين اوقية فقال صلى الله عليه وسلم تظهر لنا فاتينا اسامة بن زيد فقلنا له كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كلمه قال ما اكثاركم على حد من حدود الله والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها قال ابن سعد في الطبقات هذه المراة هي فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسود وقيل هي ام عمر بنت سفيان بن عبد الاسد اخت عبد الله بن سفيان قوله

ولا قطع على نباش وهو الذي يسرق اكفان الموتى بعد الدفن وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وباقي الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم ومن العلماء الثوري والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز وقول ابي حنيفة قول ابن عباس والثوري والاوزاعي ومكحول والزهري ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعا فلا قطع في الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب او مال وهب وغيره لانه تضييع وسفه فليس محرزا وفي الوجيز في الزائد على المعتاد الشرعي وجهان ثم الكفن للوارث عندهم فهو المخصم في القطع وان كفنه حنفي فهو الخصم لانه لهم قوله عليه السلام من نبش قطعناه وهو حديث منكر وانما اخرجه البيهقي وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن ابيه عن جده وفي سنده من يحمل حاله كبشر بن حازم وغيره وشله الحديث الذي ذكره المصنف على انه قال وهو النباش بلغة اهل المدينة اي بعرفهم واثاما الاثار فقال ابن المنذر روى عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخاري في تاريخه ثم اعلم ان سهيل بن ذكوان المكي قال عطا كنا نتهمه بالكذب وبما له اي في الضعف اثر عن ابن عباس رواه ابن ابي شيبة وفيه جهولون قال ثنا يحيى بن عيسى عن روح بن القاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع واما ما رواه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي اخبرني عبد الله بن ابي بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة انه وجد قوما يحتفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فكتب فيهم الى عمر رضي الله عنه فكتب عمر رضي الله عنه ان اقطع ايديهم فاحسن منه بالاشك رواه ابن ابي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهري قال في مروان ان يقوم يحتفون اي ينبشون القبور فضرب بهم وقفا هم والصحابة متوافرون انتهى واخرجه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر به وزاد فطوف بهم وكذا احسن منه بالاشك رواه ابن ابي شيبة ثنا حفص عن اشعث عن الزهري قال اخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسال من بحضرته من الصحابة والفقهاء فاجمع رايهم على ان يضرب ويطاف به انتهى فهو ايضا بالاشك في حجيته شيء من جهة الاثار واما من جهة المعنى فلهم ما ذكرناه لقوله ولانه مال متقوم محرز ومثله فيقطع فيه اما المالية فظاهرة واما الحرز فلان القبر حرز للميت بما يليق به فيكون حرزا للباقي ايضا وقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم القبر بيتا في حديث ابي ذر حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف انت اذا اصاب الناس موتة يكون البيت فيه بالوصف يعني القبر قلت الله ورسوله اعلم وما اختار الله لي ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر وقد بوب ابو داود عليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل بهذا ابو داود ولانه سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان حرز كل شيء بما يليق فحرز الدواب بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فلو سرق شيء مما ذكر من شيء مما تقطع به يسرق الدرة من الاصطبل او من

ز فكتب عمر ان اقطع

ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على اخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة والقياس ان يقطع لانه لا يباح له اخذ قبل الاجل وجه الاستحسان ان ثبوت الحق وان تاخرت المطالبة تصير شبهة دارية وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية استيفاء منه لا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له ان ياخذ عند بعض العلماء قضاء من جنس حقه او رهنا من حقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر ودعوى اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود بجنس واحد

خطيرة لا يقطع اولا ترى ان الوصي اذا كفن صبيا من ماله لا يضمن لو رثته شيئا فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان فكان اخذ الكفن من القبر عين السرقة والجواب اولا منع الحرز لانه حضرة في الصحراء دون العمران في المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس معتمد لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى انه حرز تسمية ادعائية بلا معنى وهو ممنوع ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن محرزا فالى حاجة الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلذا لا يضمن لو سلم فلا ينزل من ان يكون في حرزية شبهة وبه ينتفي القطع وبقي شبهة الشبهة في كونه مملوكا وثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المصر زيادة فكل منهما يوجب الدرء اما الاول فلان الكفن غير مملوكة لاحد لا للميت لانه ليس اهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا لو قطع لسرقة التركة المستغرقة لانها ملك للغرماء حتى كان لهم ان ياخذوها بحقهم فان صح ما قلنا من انه لا ملك فيه لاحد لم يقطع والا فتحققت شبهة في مملوكيته لقولنا فلا يقطع به ايضا بل يقول تحقق قصور في نفس مالية الكفن وذلك لان المال ما تجري فيه الرغبة والشحة والكفن تنفر عنه كل من علم انه كفن به ميت الا ما ورا من الناس واما الثاني فلان شرع الحد للزاجر والحاجة فيه لما يكثر وجوده فاما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لان الاندار حاصل طبعا كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة واما الاستدلال بتسمية بيتا فبعد لان الطاقة اما مجازا فان البيت ما يحوطه اربع حوائط ويسقف للميت وليس القبر كذلك على ان حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز اصلا كالمسجد ومع الحرز مع نقصان وهو كثير ومع الحرز التام فمجرد تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درئه بالمكن بل يجب حمله على بعض المال صدقات التي لا احد معها والله سبحانه اعلم وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا اما لو كان القبر في بيت متقفل فينبغي ان يقطع به لوجود الحرز والصحيح انه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع الاخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود يسقط بشبهة وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا من تحقق الخلل في المالية وما بعدها هذا ولو اعتاد بعض ذلك للامام ان يقطعه سياسة لاحد او هو محمل ما رواه لو صح قوله ولا يقطع السارق من بيت المال وبه قال الشافعي واحمد والنخعي والشعبي وقال مالك يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة ولنا انه مال العامة وهو منهم وعن عمر رضي الله عنه مثله وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال ارسلها فما من احد الا وله في هذا المال حق ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة بان سرق احد الشريكين من حرز الاخر المشترك بينهما لما قلنا من ان للسارق فيه حقا قوله ومن له على اخر دراهم فسرق منها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة والقياس ان يقطع لانه لا يباح له اخذ قبل الاجل وجه الاستحسان ان ثبوت الحق وان تاخرت المطالبة تصير شبهة دارية وان كان لا يلزمه الاعطاء الآن وكذا لو سرق اكثر من حقه لا يقطع لان بالزيادة يصير شبهة يكافي ذلك المال بمقدار حقه ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا او غير مماطل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع به ولو اخذ من غير جنس حقه وان كان حقه دراهم او دنانير فاخذ عروضا قطع لانه ليس له اخذها اللهم الا ان يقول احد تمارسنا بديني فلا يقطع وعن ابي يوسف لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن ابي ليلى قضاء او رهنا به قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارية الا ان ادعى ذلك وان كان وديعة

ومن سرق عينا فقطع فيها فردها او عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد انشاء الله تعالى وبالرد الى المالك ارتدت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل والقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ذكر ان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان كبار الجناية منه نادر فلم تحتمله مشقة الزاجر فيعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المتقدم فانه لا حد عليه قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع ورده ثم نسجه فعاد فسرقه فقطع لان العين قد تبدلت وهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل واتحاد القطع فيه فوجب القطع ثانيا ٥٥٥

فاخذ دنانير او على القلب اختلف فيه قيل يقطع لانها لا تصير قصاصا بجنسها وانما يقع بيعا فلا يصح الا بالتراضي فليس له اخذها وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية ويقطع لو سرق حليا من فضة ودنانير او دراهم ولو سرق المكاتب او العبد من غريم المولى قطع الا ان يكون المولى وكلها بالقبض لان حق الاخذ لها ولو سرق من غريم ابيه او غريم ولده الكبير او غريم مكاتبه او غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع قوله ومن سرق عينا فقطع فيها فردها بان كانت قائمة ثم عاد فسرقها وهي بحالها يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي ومالك واحمد لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه فيما روى الدارقطني من حديث ابي هريرة بطريق فيه الواقدي ولان السرقة الثانية مثل الاولى في سببية القطع بل افحش لان العود بعد الزاجر اقبح وصار كما اذا باعه المالك من السارق وخيص ابا يوسف ان السرقة عاد تقومه بالرد الى المالك ولهذا يضمن السارق لو اتلفه بعد الرد فتمت سببية للقطع كما لو سرقه غيره او سرقه هو من غيره وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة فانه يقطع اتفاقا ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة انها ساقطة نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب للسقوط وهو القطع فان كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفاء السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف ما لو سرقه غيره لان السقوط ليس الا بالسنة الى المقطوع يده لا سواه فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان فيها تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة رضي الله عنها من قوله عليه السلام هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع انه عين اللحم مع ان مشائخ العراق على انه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء فلنا ان تمنعه فلا تتم القياس عليه وعند مشائخ بخارى القطع لتبدل العين حكما وجوابه تأمل وايضا فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر وتقدم انما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فانها تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية اذ هي قليلة بالعرض فلم تقطع في محل الحاجة وصار كما لو قذف شخصا فحد ثم قذفه بعين ذلك الزنا بان قال انا باق على نسبتي اليه الزنا الذي نسبته اليه لا يحد ثانيا فكذا هذا لو قذفه بزنا اخر يجب به اورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمرأة التي زنى بها اولا بعد ان جلد احد بزناه الاول بها فانه يحد ثانيا اجماعا فلم يكن تقدم الزاجر موجبا لعدم شرعيته ثانيا وقوعه في غير محل الحاجة اليه لو شرع واجيب بالفرق بان حرمة المحل في الزنا لا يسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح تتم به وجه اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه اعني كون اقامة الحد اولا توجب تدرة العود فيوجب عدم شرع الزاجر في العود وكذا الفرق بان القطع حتى لا يستوفى الا بخصومة المالك والخصومة لا تنكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله قوله فان تغير عن حاله مثل ان يكون المسروق الذي قطع به غزلا ثم نسج بعد ما سرقه ثانيا قطع وكذا لو كان قطنا فصار غزلا لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة

فصل في الحرز والاخذ منه قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع فالاول وهو الولد للبسوطة
في المال في الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني وقدما بهما الشرع استقرأ المواضع الزيبة الظاهرة منه بخلاف الصيد
لانه عامله بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رح لانه احترز بالقرابة البعيدة قد يبتلى العتاق ولو سرق من بيت ذي رحم
محرم منه غير ولده ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه

الثوب واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل وانقطع فيه وهو ابو حنيفة على لفظ اتحاد لا على لفظ المحل
اي وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لان اتحاد القطع وهي شبهة سقوط قيام العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين والتغيير يوجبها تبدل
فان قيل العين قائمة حسية وانما تبدل الاسم والصورة اجيب بان التكفن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان الحكم
بعد شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي شرح الطحاوي واذا سرق ذهبا او فضة وقطع به ورد فجعله المسروق منه انية او كانت آنية فكسرها
دراهم ثم عاد فسرقه لا تقطع عند ابي حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا تقطع لانها تغيرت وفي كفاية البيهقي سرق ثوبا فقطعه ثم رقعه فسرقه
ثانيا لا يقطع لانه لا قطع حق المالك ولو فعله الغاصب فلم يسقط عنه حكم يمين اخرى +

فصل في الحرز والاخذ منه

قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لانه كلام في ذاته ثم شرع في بحرزه لانه خارج عنه
ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة اهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعي ان من دخل في الحرز فقطع وان لم يخرج به وعن الحسن
مثل قول الجماعة وعن داود لا يعتبر الحرز اصلا وهذه الاقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه ولا مقال لاهل العلم الا ما ذكرنا فهو كالاجماع
قاله ابن المنذر وقد ثبت ان لا قطع في اقل من ثمن المجن ولا قطع في خلسة الجبل فخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الامور
الاجماعية واما باخبار الاحاد وسياتي ما هو الحق من ذلك ثم الحرز ما عد حرزا فاحرز الاشياء ان اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص
على بيانه فيعلم به انه رد الى عرف الناس فيه والعرف تتفاوت وقد تتحقق فيه اختلاف لذلك وهو في اللغة الموضع الذي يحرز
فيه الشيء وكذا هو في الشرع الا انه يقيد المالية اي المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والحرز ما لا يعد
صاحبه مضيعا قوله ومن سرق من ابويه وان علوا او ولده وان سفل او ذي رحم محرم منه كالاخ والاخت والعم والخال والخالة
والعمة لا يقطع وقال مالك وشذ وذ يقطع بالسرقة من الابوين لانه لا حق له في مالهما وكذا يجري ان يجاز تهما وقتلهما وبه يبطل قولهما في
الكافي اما في الولاد فلا اختلاف فيه وقال ابو ثور وابن المنذر يقطع الاب الضعيف سرقة مال ابنه بظاهر الآية وقال الشافعي يقطع في
السرقة من غير الولاد اما وجه الاول اي عدم القطع في قرابة الولاد فلانها عادة تكون منها البسوطة في المال والاذن في الدخول في الحرز
حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا امتنعت شهادته له شرعا وتخص سرقة الاب من مال الابن قوله عم ابنت ومالك لا يتملك اما غير الولاد
وهو الذي اراد المصنف بقوله والثاني للمعنى الثاني اي الاذن في الدخول في الحرز فالحقهم الشافعي بالقرابة البعيدة قال المصنف بناء في العتاد
اي سرقة من ذي رحم محرم منه تحقق عليه لكن انتفاه لقرابة الولاد وقد رأينا استرحامهم في اثبات الحرمة واقتراض الوصل فكذا انتفاؤهم في عدم القطع بالسرقة
ووجوب النفقة دال الاذن بين هو لانه ثابت عادة لازيادة وصلة الرحم ولذا حل النظر منها الى ما يمنع الرؤية الظاهرة والباطنة كالعضد للمرأة والعبد للمولاة وقد ساق
الخلخال ما ذاك الا للزوم المحرم لو وجب ستر باعتبار كثرة الدخول عليها وهي مزاولة الاعمال وعدم انتشام احدهما من الآخر وايضا فهذه الرحم
المحرمة تتفرض وصلها ويحرم قطعها والقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرئه وذكره في الكافي وسياتي ما فيه ومما يدل على انتفاء الحرز فيها
قوله تعالى ولا على انفسكم ان تاكلوا من بيوتكم او بيوت آبائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت
عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم فدفع الجناح عن الاكل من بيوت الاعمام والعمات مطلقا ولم تشر

وان سرق من امه من الرضاعة قطع وعن ابي يوسف مرة انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة ووجه الظاهر انه كالقرابة والحرمية بدونها كالاشتهار كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرز عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر والعبد من سيدته او من امرأة سيده او من زوج سيده لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك الجواب عندنا خلافا للشافعي هي البسوطة بينهما والاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ما ثبت عن علي رضي الله عنه وتعليلا

اطلاق الدخول ولو سلم فاطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع الغريب ثم هو ان ترك لقيام دليل المنع بقيت شبهة الاباحة على ان قلنا في امتك ومالك لابيك فان قلت فقد قال او صديقكم كما قال او بيوت اخوالكم والمحال انه يقطع بالسرقة من صديقه اجيب بانه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الاخذ الا في حال العداوة ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه فسرقة مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذي الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع وهذا العكر على الوجه الذي قدمناه من ان في القطع القطعية فيتدرء وهو الموعود ولذا واالله اعلم لم يعرج المصنف عليه قوله ومن سرق من امه من الرضاعة قطع وهو قول اكثر العلماء وعن ابي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمته بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الاب من الرضاعة ووجه الظاهر انه كالقرابة بنفسها والحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت الحرمية بالزنا بان زنى بامرأة تحرم عليه امها وبنتها يقطع بالسرقة منهما واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة فان فيها حرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب الحرمية فيهما فالالحاق بهما في اثبات القطع اولى منه بالالحاق بالحرمية الثابتة بالولي ثم تعرض المصنف لابطال الوجه المذكور لابي يوسف صريحا وهو قوله لانه يدخل عليها الخ بقوله وهذا لان الرضاع قل ما يشتهر فلا يسوطة تحرز عن موقف التهمة بخلاف النسب فانه يشتهر فلا يحتشم ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله انه يدخل عليها من غير استيذان الخ فقال لا نسلم ذلك الا ولو لم يكن مستلزما للتهمة لكنه يستلزم مها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استيذان بخلاف النسب فانه يشتهر فلا ينكر دخوله فلذا قطع في سرقة مال امه من الرضاعة ولم يقطع في سرقة مال امه من النسب قوله واذا سرق احد الزوجين من مال الآخر او العبد من سيدته او امرأة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن في الدخول عادة فاشتمل الحرز وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي في احد اقواله وبه قال مالك واحمد وفي قول آخر كقولنا وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لانه للمرأة حقا في ماله النفقته ووجه قولنا انه بينهما بسوطة في الاموال عادة ودلالة فانها لما بذلت نفسها وهي انفس من المال كانت بالمال اسمح ولان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفي موطأ مالك عن عمر رضي الله عنه انه اتى بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال ليس عليه شيء غادنكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج اولى قال المصنف نظير الاختلاف في الشهادة يعني عندنا لا يقطع احدهما بمال الآخر كما ان شهادة احدهما لا تقبل لاتصال المنافع وعنده يقطع كما تقبل في احد قوليه فان قلت احد الزوجين ربما لا يبسط الآخر في ماله بل يحبسه منه ويحرزه قلنا وكذلك الاب والابن قد يضيق من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا وفي شرح الطحاوي لو سرق من بيت الاصهار والاختان قال ابو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع لو سرق من بيت زوجة ابنه او ابيه او زوج ابنته او زوج امه ان كان يجمعهما منزل واحد لم يجب القطع بالاتفاق وان كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور ولو سرق احد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من اجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه سواء كان التزوج بعد ان قضي بالقطع او لم يقض في ظاهر الرواية وروى عن ابي يوسف انه قال اذا قضي عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امرأة المبتوتة او المختلعة في العدة لا قطع وكذا اذا سرقت هي من الزوج في العدة وان كانت منتقضة العدة يجب القطع قوله ولو سرق

قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ قال العبد الضعيف الحرز لابد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصناديق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في الصحراء او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد ويجب في الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ وهو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا باخراجه منه لقيام يده قبله بخلاف الحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ زوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد الناس عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى

المولى من مكاتبه لا يقطع بلا خلاف لان للمولى حقا في اكسابه ولان ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى او عتق كان له ولا يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما اذا سرق احد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبده او من زوجة سيده وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك وابو ثور وابن المنذر يقطع لسرقة مال من عدا سيده كزوجة لسيده لعموم الآية وتقدم اثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المرآة مئتين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فحل محل الاجماع فتخص به الآية والحكم في المدبر كذلك وكذلك السارق من المغنم لا يقطع لان له فيه نصيبا وهو ما ثور عن علي رضي الله عنه درءا او تعليلا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن ابي صبيد الابرص وهو يزيد بن ثمار قال بي علي برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطني قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه حدثنا جنادة بن المفلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس رضي الله عنهما ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه قال مال الله سرق بعضه بعضا ولا يخفى ان هذا ليس مما نحن فيه الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلامنا فيما سرقه بعض مستحقي الغنيمة واسناده ضعيف

قوله قال اي المصنف الحرز لابد منه لوجوب القطع لان الاستسرار لا تحقق دونه لانه اذا لم يكن له حافظ من بناء ونحوه او انسان متصد للحفظ يكون المال سائبا فلا تحقق اخفاء الاخذ والدخول فلا تتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله ثم والسارق والسارقة فاقطعوا بنفسه يوجب الحرز اذ لا تتصور السرقة دون الاخفاء ولا تحقق الاخفاء دون الحافظ فيخفى الاخذ منه او البناء فيخفى دخوله بيت غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فاذا اواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه وارد على وفق الكتاب لانه مبين مخصص ثم هو على نوعين حرز بالمكان كالدور والبيوت والجدران والحوانيت للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلادنا مصر الدكاكين والحمانيق والخيام والخركاه وجميع ما اعد لحفظ الامتعة فقد يكون بالحافظ وبنوع عن الاماكن البينة على ما ذكر في المحيط وذلك كمن جلس في الطريق او في الصحراء او في المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد على ما رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطا واحمد في مسنده من غير وجه الحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي انه حديث صحيح وله طرق كثيرة والفاظ مختلفة وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه الساحة يجب الحكم بصحته بلا شبهة وفي طرق السنن عن عبد الله بن صفوان عن ابيه انه طاف بالبيت فصلى ثم لف رداءه من بردة فوضعه تحت رأسه فنام فاتاه لص فاستله من تحت رأسه فاخذه فاتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق ردائي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم سرقت رداءه فقال نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت اريد ان تقطع يده في ردائي فقال فلولا كان قبل ان تاتيني به رواه النسائي فقطعه وفي المستدرك سواه خميصة ثمن ثلاثين درهما قوله وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح احترز عما في العيون على قول ابي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الاذن لاهله وقت دخولها اذا كان ثمة حافظ وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع وبه اخذ ابو الليث والصدر الشهيد وفي الكافي وعليه الفتوى

قال ومن سرق شيأ من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله فيه لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فانتفى الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بيوت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ

وهو ظاهر المذهب وجه الصحيح انه محرز بدون الحافظ لان المكان في نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه الى ما فيه ويتوفر المال مع ذلك مختفيا وليس هذا مع الحافظ فتوفر ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل فلا يعتبر وجوده معه فلذا كان الاصح انه اذا دخل الحمام في وقت الاذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع لان الحمام في نفسه صالح لصيانة الاموال الا انه اختل الحرز للاذن في دخولها ولذا يقطع اذا سرق منها ليلا بخلاف المسجد لانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه فيه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما في المسجد ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وان لم يكن له باب اوله باب ولكنه مفتوح لان البناء للاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يد المالك قبل الاخراج من داره فلا تتحقق الازالة عن يده وذلك بالاخراج من حرزه بخلاف المحرز بالحافظ فانه يقطع كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم موجبها ولا فرق في وجوب القطع بين كون الحافظ في الطريق او الصحراء والمسجد يستيقظ او نائما والمتاع تحته او تحت رأسه او عنده وهو بحيث يراه لانه ببعد النائم عند متاعه وبحضرته كيف ما نام مضطجعا او لاحافظا له في العادة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم باشتراط المتاع تحت راسه او تحت جنبه وجه الصحيح ما ذكرنا ولهذا لا يضمن المودع والمستعير اذا حفظا الوديعة والعارية كذلك فسرقت ولو لم يكن ذلك حفظا لضمنوا بخلاف ما اختاره في الفتاوى فانه اوجب فيها الضمان على المودع والمستعير اذا نام مضطجعا ثم ما كان حرز النوع يكون حرزا لجميع الانواع هو الصحيح كما ذكره الكرخي لو سرق لؤلؤة من اصطبل او خيرة غنم تقطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعى فقد اطلق محمد رحمه عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر وهو مقيد بما اذا لم يكن معها من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن راعيا فان كان الذي يحفظها الراعي ففي البقالي لا يقطع وهكذا في المنتقى عن ابي حنيفة واطلق خواهرزاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بان الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره ونقل الاسبيجابي عن بعض اصحابنا كل شيء يتخذ بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الاماكن المذكورة والثياب النفيسة منها وهذا قول الشافعي قوله ومن سرق شيأ من حرز او غير حرز كالصحراء وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين وهذا العموم يتناول ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم ان الصحيح انه لا يقطع به اذا كان وقت الاذن لان قوله وصاحبه عنده يخصص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فانه حرز على ان قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله تقييد له فانه بعمومه يقتضي ان لا يقطع وان كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا التفريع على ما بين الاصل المذكور قوله ويدخل في ذلك اي يدخل في بيت اذن في دخوله الحمامات والحوانيت فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فان التاجر يفتح حانوته نهارا في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه فاذا سرق واحد منه شيأ لا يقطع وكذا الحمامات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال فانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منتف بالليل ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان لينقطع اعتبار الحافظ ثم تختل حرزيته بالاذن كالحمام فكان الحافظ معتبرا حرزا فيقطع بالاخذ وعلى هذا ما في الخلاصة جماعة نزلوا بيتا او خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه او تحت

راسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع قوله ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه
باذونا في دخوله ولانه بالاذن صار بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له
في دخولها وهو مقفل ومن صندوق مقفل ذكره القدوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا خرج اللص من بعض
بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار واذا كان واحدا بالاذن في الدار دخل الحرز في البيوت وسياتي ما يفيد هذا
قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج ولان الدار وما سعها في يد صاحبها
معنى فيتمكن شبهة عند الاخذ وهتك الحرز فان كانت فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع هذا كلام محمد واول بما اذا كانت
الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه اهل بيت على حدتهم ويستغنون به باستغناء اهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وانما ينتفعون
بها انتفاعهم بالسكة لانها على هذا التقدير بعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف ما تقدم لان بيوت الدار كلها في يد واحد و
هنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان وفي الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة يغلق فنقب رجل من اهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا ثم في الفصل الاول قال بعضهم ولا ضمان
عليه اذا تلف المسروق في يده قبل الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح انه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع لان
شرطه هتك الحرز ولم يوجد قوله وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع يريد دخل اهل مقصورة على غيرهم
فاخذ بسرعة يقال اغار الفرس والثعلب في العدو اذا اسرع وقوله فسرق تفسير لقوله اغار قوله واذا نقب اللص البيت فدخل
واخذ المال فناوله آخر خارج البيت عند النقب او على الباب فلا قطع عليهما بلا تفصيل بين اخراج الداخل او ادخال
الخارج يده ثم روى عن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده منها الى الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها فعليهما
القطع وعلل للاطلاق الذي هو ظاهر المذهب بقوله لاعتراض يد معتبرة على المال المسروق قبل خروجه اي قبل خروج الداخل والوجه ان يقطع
الداخل كما عن ابي يوسف لانه دخل الحرز واخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كامله لا اثر له في ثبوت الشبهة في السرقة واخراج المال
وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل بل تمت بالداخل وحده وانما تم بهما اذا ادخل الخارج
يده فاخذها وفيه قال ابو يوسف يقطعان وقول مالك ان كانا متعاونين قطعا وهو محمل قول ابي يوسف وقال ان انفرد كل فعله لا يقطع واحد
منهما وهذا لا تحقق في هذه الصورة الا اذا اتفق ان خارجا راى نقبا فادخل يده فوقعت على شيء ما جمعه الداخل فاخذه فظاهر انه لا يقطع
واحد منهما قال والسكة بناء على مسئلة اخرى تاتي يعني مسئلة نقب البيت والقاءه في الطريق ثم خرج واخذه ولم يذكر محمد ما اذا وضع الداخل
المال عند النقب ثم خرج واخذه قيل يقطع والصحيح انه لا يقطع قيل ولو كان في الدار حجر فرمى المال في النهر ثم خرج فاخذه ان
خرج لقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرجه وقيل يقطع لانه اخرج ذكره التمرتاشي وقال في المبسوط فيما اذا اخرجه الماء بقوة جريه الاصح انه
يلزمه القطع وقول الائمة الثلثة لان جري الماء به كان لسبب لقائه فيه فصير الاخراج مضافا اليه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من رفع
صاحب البيت فلا يكون مستوطا للقطع عنه ولو كان راكدا او جريه ضعيفا فاخرجه بتحريك الماء قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسئلة المتن

وان دخل الحرز جماعة فقولي يقطع جميعا لاخذ قطعوا جميعا قال الحسن الضعيف هذا وستحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر وجه الاستحسان ان الاخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويشتمل الباقون على اللوازم فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد من ثقب البيت ودخل يده فيه واخذ شيأ لم يقطع وعن ابي حنيفة في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج قلنا هناك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن باعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد

لانه يصدق عليه انه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل ان يخرج به وله النقاد الداخل في الطريق ثم خرج واخذه قطع به وبه قالت الائمة الثلاثة خلافا لزفر له ان الالتقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذه بان تركه او اخذ غيره وكذا الاخذ من السكة غير موجب للقطع فالقطع بحال ولنا ان الرمي حيلة يعتاد بها السراق لتعذر الخروج مع المتاع الضيق المنقب او التفرغ لقتال صاحب الدار او الفرار ان ادرك ولم يعترض على المال الذي اخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع لمال صاحب الدار حداوة ومصارة لا سارق واذا اخذ غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الاخذ اليه والحاصل ان يد السارق ثبتت عليه وبالالقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى الا ترى ان من سقط منه مال في الطريق فاخذه انسان ليرده عليه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما فرده اليه كرده الى صاحبه بخلاف ما لو اخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية وكذا اذا حمله على حمار فساقه فاخرجه لان سيره مضاف اليه بسوقه فيقطع وفي مبسوط ابي اليسر وكذا اذا علقه في عنق كلب وزجره يقطع ولو خرج بلا زجر لا يقطع لان للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا تنقطع نسبة الفعل اليها وكذا اذا علقه على طائر فطار به الى منزل السارق ولم يسق الحمار فخرج بنفسه الى منزل السارق لا يقطع قوله واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر والائمة الثلاثة لان فعل السرقة لا يتم الا بالاخراج بعد الاخذ والاخذ ان نسب الى الكل فالاخراج ما وجد منه فما تمت السرقة منه قلنا نعم هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم لان الاخراج وان قام به واحد لكنه في المعنى من الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى واذا باشر بعضهم القتل والاخذ فالباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل شرعا بسبب معاونتهم وان قدره القاتل والآخذ انما هي بهم فكذا هذا فان السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع فكان مثله وبهذا القدر تم الوجه وقوله بعد ذلك فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ان منع لم يضر وانما وضعه في دخول الكل لانه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع الا الداخل ان عرف بعينه وان لم يعرف عزروا كلهم وابد حبسهم الى ان تظهر توبتهم قوله ومن نقب البيت وادخل يده فاخذ شيأ لم يقطع وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافا وروى عن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع وهو قول الائمة الثلاثة لان اخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط الا له فكان هو المقصود من الدخول فقد وجد فاعتبار دخوله شرطا في القطع بعد المقصود اعتبار معورة لا ازلنا غير محصل وصار كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الظريفي او في الحوائج والظريفي درهم منسوب الى الظريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد وكانت دراهمه جيادا فالنقود بخارا قال المعلى ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال وعرفت ان هذا في حيز المنع منهم فانتفت لقوله تحرزا عن شبهة العدم اي شبهة عدم السرقة وهي مسقطة فان النقص لشبهة العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لانها اخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرط لوجودها اذ قد تحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد تحقق معه وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه وكون الدخول هو المعتاد باتفاق العمال لانه قلما يقدر على اخراج شيء مما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد اليه وقلما يدخل الانسان يده من كوة بيت فيقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق ان الدخول في الصندوق غير محقق فسقط

فصل في كيفية القطع وما يتعلق به قال فيقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لأن لا سم يتناول اليد إلى الابط وصل المفصل إلى الرسغ متيقن به كيف وقد صح أن النبي عليه السلام أمر بقطع يد السارق من الزند وأحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولأنه لو لم يحسم يفضي إلى التلف وأحد الزاجرين مختلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان وبيانه أيضا ذكره المشايخ رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله في الثالث يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه وتروى مفسرا كما هو مذهبه ولأن الشالثة مثل الأولى ولنا في ذكرها اختلاف بل في قراءتها فيكون أدعى إلى الشرع أحد

اللزوم وأقرب منه على ما اخترناه من قبل يعني عند التصحيح وقوله لأنه ليعد الناظم عند متابعته حافظا له في العادة وذكر في بعض نسخ الجامع [illegible] ناظم عليه وفيه كيف يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار وهو أنه لا يشترط في قطع السارق من [illegible] الجامع فاذكره عند [illegible] أو تحته

فصل في كيفية القطع وما يتعلق به لما فرغ من بيان الشرائط التي تتعلق بها وجوب القطع شرع في بيان ما يتعلق بالمال والحرز لأنه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فبدأ بتقسيمه فالقطع لا يكون إلا على من سرق من قبل وهو قوله ثم قطع اليمنى يعني اليد اليمنى بيد الحكم بقطعها أضيف من الحلق إلى الشين لكل واحد والآن يكمل قوله ثم فرضت على ما كان قد ذكر في [illegible] قال ظهر أن الشمال أصل لليمين والأفصح الجمع وأما كونها اليمين فبقراءة [illegible] مشهورة فكان هذا مشهورا لتقييد المطلق به النص قرآنا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لأن التحليل إذا لاجمال في الآية أيضا فقطع عرم اليمين وكذا الصحابة فلو لم يكن التقييد مرادا لم يقطعه وكانوا يقطعون اليسار وذلك لأن اليمين أنفع من اليسار وإن لم تكن مباحا من الأحوال وصلها بالأكل به من اليسار فلو كان الإطلاق مرادا والامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادة من طلب الأيسر لم يكن فاذا كرد من الزند وهو من مفصل الرسغ ويقال الكوع فانه التوارث ومثله لا يطلب فيه سنة بخلاف [illegible] لا يبالون فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم أو ضعفهم وروى فيه خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في حديث رواه بعضهم وان قال فيه ثم قطع من المفصل وضعفه بالبغدادي وابن عدي في الكامل عن جعفر بن محمد عن أبيه عن عمر رضي الله عنه قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل وفيه عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان لا أعرف له حالا وأخرج ابن أبي شيبة عن رجاء بن حيوة أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل وإن كان فيه الارسال وأخرج عن عمر وعلي رضي الله عنهما ما من المفصل والمعقد عليه الاجماع فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الأصابع لأن بها البطش وعن الخوارج القطع من المنكب لأن اليد اسم لذلك الله أعلم بصحته وتقديره ثبوته هو خرق للاجماع وهم لم يقيدوا في الاجماع قبل النسخة ولأن اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما إلى الرسغ اطلاقا اشتهر منه إلى المنكب بل حقيقة بالرسغ من اطلاقها على اليد فكان أولى باعتباره فلان سلم اشتراك الاسم بل نكون ما إلى المنكب هو المراد إلى الرسغ فتيقنا بما إلى الرسغ دون الزائد عند احتمال عدمه وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبي هريرة أن عرم أتى بسارق سرق فقال عرم فاخالة سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني فقطع ثم جيء به فقال تب إلى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه أبو داود في المراسيل وكذا رواه الدارقطني عن جعفر عن علي أنه قطع [illegible] من المفصل ثم حسمهم فكأن الشمال واليمين والى أيديهم كانوا يقطعون اليد من المنكب والمعنى لان قد أتته هو ان فيس في الذين الذي على ومن الزيت وكلمة الحسم في بيت المال عندهم لأنه أمر القاطع به وبه قال الشافعي في وجه وعندنا هو على السارق وقول اللام لأنه لو لم يحسم يودي إلى التلف يقتضي وجوبه والمنقول عن الشافعي واحمد أنه مستحب فان لم يفعل لا يأثم والبيان تعليق يده في عنقه لأن عرم أمر به ورواه أبو داود وابن ماجة وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عندنا عنه عرم في كل من قطعه ليكون سنة قوله فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى بالاجماع فقد روى فيه حديث قدمناه ثم يقطع من الكعب عندنا كذا أهل العلم

ولنا قول علي رضه فيه اني لاستحيي من الله تعالى ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها

وفعل عمر رضه ذلك قال ابو ثور والروافض تقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان تقطع كذلك ويدع له عقبا يمشي عليها قال فان سرق ثالثا لا تقطع بل يعزر ويخلد في السجن حتى تبوب او يموت وقال الشافعي في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه من سرق فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه فهو بهذا اللفظ لا يعرف ولكن اخرج ابو داود وعن جابر قال جئ بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال فاقطعوه فقطع ثم جئ به في الثانية فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جئ به في الثالثة فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جئ به في الرابعة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جئ به في الخامسة قال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم احتززناه فالقيناه في بير ورمينا عليه الحجارة قال النسائي حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوي واخرج النسائي عن حماد بن سلمة انبانا يوسف بن سعد عن الحارث بن حاطب الليثي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطعت رجله ثم سرق فقطعت يده ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق فقطعت قوائمه الاربع كلها ثم سرق الخامسة فقال ابو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلم اذهبوا فاقتلوه ورواه الطبراني والحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد قال المصنف وروي مفسرا كما هو مذهبه اخرجه الدارقطني عن ابي هريرة رضه عن عمر قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفي سنده الواقدي وههنا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن وكذا الطعن الطحاوي كما ذكره المصنف فقال تتبعنا هذه الآثار فلم يجد لشئ منها اصلا في المبسوط الحديث غير صحيح والاحتجاج به بعضهم في مشاورة علي رضه ولكن سلم يحمل على الانتساخ لانه كان في الابتداء تغليظا في الحدود الاتري ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع ايدي العرنيين وارجلهم وسمر اعينهم ثم انتسخ ذلك وما فعل ابو بكر وعمر رضه فروى مالك في الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه ان رجلا من اليمن اقطع اليد والرجل قدم فنزل على ابي بكر الصديق فشكى اليه ان عامل اليمن ظلمه فكان يصلي في الليل فيقول ابو بكر وايبك بالليل سارق ثم انهم فقدوا عقد الاسماء بنت عميس امرأة ابي بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت اهل هذا البيت الصالح فوجدوا العقد عند صائغ زعم ان الاقطع جاء به فاعترف الاقطع وشهد عليه فامر به ابو بكر فقطعت يده اليسرى وقال ابو بكر لقد عاد على نفسه اشد عليه من سرقته ورواه عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة رضها قالت قدم على ابي بكر رجل قطع فشكى اليه ان يعلى ابن امية قطع يده ورجله في سرقة فقال والله ما زدت على ان كان ليلبني شيأ من عمله نخت في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي فقال له ابو بكر ان كنت صادقا فلا افدنيك منه فلم يلبثوا الا قليلا حتى قدم آل ابي بكر جميعا فتقبل القبلة ورفع يديه وقال اللهم اظهر من سرق اهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده فقال له ابو بكر ويلك انك لقليل العلم بالله فقطع ابو بكر يده الثانية قال محمد بن الحسن في موطئه قال الزهري ويزيد بن رومان عن عائشة رضها قالت انما كان الذي سرق على اسماء قطع اليد اليمنى فقطع ابو بكر رجله اليسرى قال وكان ابن شهاب اعلم بهذا الحديث من غيره هذا وقد جاء عن عثمان رضه وعمر بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز انه يقتل في المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روي عن ذلك وذهب مالك والشافعي الى انه يعزر ويحبس كقولنا في الثالثة قوله ولنا قول علي رضه قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن ابي طالب رضه قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد فخمسة السجن حتى يحدث خيرا اني لاستحي من الله ان ادعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها ومن طريق

وبهذا جاء بقية الصحابة رضي الله عنهم فانعقد اجماعا لانه امر لاك معنى بما فيه من تفويت جنس المنفعة والحق لبيت كذلك نادر الوجود والرخص فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رح او حمله على السياسة

محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سبحنه ويقول اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسمعيل عن جعفر بن محمد عن ابيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا اتى به بعد ذلك قال اني لاستحيي ان ادعك لا تطهر للصلاة ولكن احبسوه واخرجه ابن سيرين عن عبيدة عن علي انه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به فقطع رجله ثم اتي به فقال اقطع يده باي شيء تبسط وباي شيء يأكل اقطع رجله فاي شيء يمشي اني لاستحيي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وروى ابن ابي شيبة ان نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن السارق فكتب اليه بمثل قول علي رض واخرج عن سماك ان عمر رض استشارهم في سارق فاجمعوا على مثل قول علي رض واخرج عن مكحول ان عمر رض قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى ودعوه يأكل بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين واخرج عن النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن ادم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها وهذا الكلام قد ثبت ثبوتا لا مرد له فبعيد ان يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالبا تتوافر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع صلى الله عليه وسلم اربعة ثم يقبله والصحابة يجتمعون على قتله ولا خبر بذلك عند علي رض وابن عباس رض وعمر رض من الاصحاب الملازمين بل الذي في الباب ان كان نقيل لهم انهم ان عادوا قتلوا لا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضي العادة فامتناع علي رض بعد ذلك الى نصف الروايات المذكورة في الايتان على اربعة واما لعلمه ان ذلك ليس حدا مستمرا على من رأى الامام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض رح بعد الطباع عن الرجوع قتله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوي قوله فجهم فانعقد اجماعا يشير الى ما في تنقيح ابن عبد الهادي قال سعيد بن منصور حدثنا ابو معشر عن سعيد بن ابي سعيد المقبري عن ابيه قال حضرت عليا رض اتي برجل مقطوع اليد والرجل فسرق قال قال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا امير المؤمنين قال فقتله اترى ان قتله باي شيء يأكل الطعام باي شيء يتوضأ وللصلوة باي شيء يغتسل من جنابته باي شيء يقوم على حاجته فرده الى السجن اياما ثم استخرجه فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال اول مرة فجلده جلدا شديدا ثم ارسله وقال سعيد ايضا حدثنا ابو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عابد قال اتى عمر بن الخطاب باقطع اليد والرجل قد سرق فامر ان تقطع رجله فقال علي رض قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية فقد قطعت يده ورجله فلا ينبغي ان تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها الا ان تعزروا ما ان تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقي في سننه وهو مما يؤيد صحة الحديث من استدلال علي رض وموافقة عمر رض قال المصنف ولانه اهلاك معنى هو من قول علي رض قتله اذا والحذر اجر لا مهالك ولانه نادر الوجود اي يندر ان يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله والحد لا يشرع الا فيما يغلب على ما مر غير مرة بخلاف القصاص يعني لو قطع رجل يمنى رجل قطعت يمناه او ارجبة لانه حق العبد فيستوفى فيما امكن جبرا لحقه لا يقال اليد اليسرى محل للقطع لظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة ونصت اليمنى مرادة والامر مقرون بالوصف وان تكرر تكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث امكن واذا انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا تتصور تكراره فيلزم ان معنى الآية السارق مرة واحدة

واذا كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم تقطع لانه قد فوت جنس المنفعة بعضا او مشاركذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قدمنا ولكن ان كان ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او كل اصابعها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحد لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين منها لتركب منزلة الابهام في نقصان البطش قال والذي قال الحاكم الشهيد اذا قطع يمين رجل في سرقة سرق فقطع يساره عمدا او خطأ فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه في الخطأ ربع الدية وفي العمد قال في لم يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد اما الخطأ في تعيين اليمين واليسار لا يحمل عفوا وقيل يحمل عند ذكر الخلاف لانه قطع يدا معصومة بالخطأ في حق العباد خير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع وقولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق كذا تاويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص لانه التزم للشبهة ولابي حنيفة رح انه اتلف واتلف من جنسه ما هو خير منه فلا يضمن كما لو اتلف ثلاثا عن شهد على غيره بمثل ما اتلف به بعد ما قطع يده بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير المجاد لا يضمن الا نصف [illegible]

فاقطعوا ايديهما وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والاجماع وانتفى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العدم قوله وان كان السارق اشل اليد اليسرى او مقطوع الرجل اليمنى او كانت رجله اليمنى شلاء لا يقطع لان في القطع والحالة هذه تفويت جنس المنفعة بطشا فيما اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة او مشلولة او مشيا اذا كان ذلك في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة اهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لان المشي لا يتاتى مع قطع اليد والرجل من جنبة واحدة ولهذا لا تقطع يمين السارق اذا كانت ابهام يده اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوتها يقوم مقام فوت الابهام في نقصان البطش بخلاف فوت اصبع واحدة غير الابهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل ان الشلل وقطع الابهام والاصابع لو كان في اليد اليمنى انه يقطع لانها لو كانت صحيحة قطعت فكيف اذا كانت ناقصة وانما خولف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب حيث جعل القائم مقام الابهام المحل بالبطش فوات ثلاث اصابع وشلا جملة اصبعين لان الحد يحتاط في درئه قوله واذا قال الحاكم للجلاد اي الذي يقيم الحد فقال منه كالجلاد من الجلد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع ليساره عمدا او خطأ فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رح ولكن يؤدب وبه قال احمد وقالا الشيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد ربع الدية ويضمن في الخطأ ايضا بخلاف ما لو قال له اقطع يده فاقطع يساره لا يضمن بالاتفاق وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في انتظار التعديل ثم عدلت الا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق ولو كان السارق اتلفه لان مقتضى ايمانه القطع تعالى فلم يوجد وكذا لو قطع يده اليسرى لا قصاص ولا يسقط عنه قطع اليمنى لما عرف قوله والمراد اي المراد بالخطأ الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر الخطأ في الاجتهاد وهذا لان يقطع اليسار بعد قول الحاكم اقطع يمينه حين اجتهاد في ان قطعها يجزي عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا ايديهما اما الخطأ في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفوا لانه لعيد تيمم فيه يديه وعلى هذا اذا قطع في المتوضئين عمدا وانما يكون معنى العمد ان تعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد في اجزائها وقيل الخطأ في اليمين الشمال يجعل عفوا بالاجماع فرانه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد خير موضوع فيضمنها ولنا انه انما اخطأ في اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع بالاجماع وهذا موضع اجتهاد لان ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار ولهذا في العمد انه جائز حيث قطع يدا معصومة بلا تاويل تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات لانه هو لم يفعله عن اجتهاد وكان ينبغي ان يجب القود الا انه سقط للشبهة الناشئة من اطلاق النص ولابي حنيفة رح انه وان اتلف بلا حق ظلما لكنه اتلف من جنسه ما هو خير له وهي اليمين فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لان قوة البطش بها اتم فلا يضمن شيئا وانما قلنا انه اتلف لان اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فاخلفها الى خلف استمرارا او بقائها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى لانه وان انتفع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما اتلف عليه من المنفعة لان منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي واما ان قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيئا اصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبد بالف وقيمته الف وشهدا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيئا قوله وعلى هذا اي على تعليل ابي حنيفة رح بالاخلاف لقطع يساره غير الحداد ايضا لا يضمن للاخلاف وسواء اعترف انه تعمد او اخطأ ذكره الاسبيجابي في شرح الطحاوي حيث قال هذا اذا قطع الحداد بامر السلطان ولو قطع يساره غيره فعلى القاطع

وواخرج السارق يساره وقال هذا يمينه لا يضمن بالاتفاق لانه قطعها بامره ثم قوله والعمد عنده اذا علم السارق ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطاء كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لا يقطع السارق لان بحضرة المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهور السرقة ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مستوفى والغائب من اهل ان يقطع السارق منهم رب الوديعة لا يقطع ايضا وكذا المنصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب المستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه

القصاص وفي الخطاء الدية قوله ولو ان السارق اخرج يساره وقال هذه يميني قطعها لا يضمن وان كان عالما بانها يساره بالاتفاق لانه قطعها بامره ثم في العمد عنده على السارق ضمان المال اذا كان استهلكه لانه لم يقع حدا وفي الخطاء كذلك على هذه الطريقة اعني طريقة عدم وقوعه حدا وقيل طريقة الاختلاف ولان منهما عدم وقوعه حدا وكلاهما واحد الا ان الاول اقرب الى اللفظ وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لانه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وانما خص ابا حنيفة رحمه الله بلزوم الضمان على السارق عمد القطع مع انهما ايضا يضمنانه لان توهم انه لا يضمن انما ثبت على قوله لانه لما لم يوجب على الحداد ضمان فقد يتوهم انه لا يضمن السارق بناء على ان قطع الحداد وقع حدا ولذا لم يضمنه فازال الوهم بانه انما لم يضمنه لاختلافه لا لوقوعه حدا قوله ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه ويطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهور السرقة والخصم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي واحمد وقال مالك ابو ثور لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكما في حد الزنا وقوله فلا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار وهو خلاف الاصح عنده والاصح عنده ان الاقرار كالبينة يعني اذا اقر الرجل عند الحاكم اني سرقت مال فلان نصابا من حرز لا شبهة فيه لا يقطعه حتى يحضر فلان ويدعي وما ذكره عن الشافعي رواية عن ابي يوسف لان خصومة العبد ليس الا لظهور سبب القطع الذي هو حق العبد تعالى وبالاقرار يظهر السبب فلا حاجة الى حضوره والجواب انه لما لم يظهر تصديق المقر له في المقر به فهو للمقر ظاهرا ولهذا لو اقر بقتل خطا ثم غاب لم يحاضر جاز وان شبهة الاباحة اباحة المالك للمسلمين وبطلانه لاتفاق السارق منهم ثانية وكذا شبهة وجود اذنه له في دخول بيته فاعتبرت المطالبة دفعا لهذه بخلاف الزنا فانه لا يباح باباحة يوجه من الوجوه فلم يتمكن فيه هذه الشبهة والمحال احتمال اباحة الملك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سنبينها المصنف وستتضح ذلك فالمعول عليه ما ذكرنا من ان ملك المقر قائم ما لم يصدقه المقر له قوله وكذا اذا غاب المسروق منه عند القطع لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعي واحمد خلافا لمالك لان الامضاء من القضاء في الحدود وعلى ما مر وعلى ظاهر كلام المصنفين التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي لكن علمت ان الاصح انه كقولنا ولما ثبت ان المطالبة شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال وللمستودع فتح الدال والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم اي اذا سرق الوديعة او المال المغصوب واما صاحب الربا فكالمشتري عشرة بخمسة اذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب اذ المشتري شراء فاسدا في يد المشتري كالمغصوب ولرب الوديعة ان يخاصم ويقطع البائع كالمودع وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة كمتولي الوقف والاب والوصي يقطع السارق لما في ايديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم ويقطع ايضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك بما في ايديهم الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه اي بدون قضاء الدين فليس له ان يخاصم في ردها وكذا نقل عن ابن المصنف انه قال كان في نسخة المصنف بعد القضاء وقبل يمكن ان يكون هذا جواب القياس يعني للمالك ان يسترد الرهن كالمودع ليسترده للحفظ فلا يكون ادنى حالا منه وقيد بقوله حال قيام الرهن لانه اذا كان مستهلكا لا يقطع الا بخصومة المرتهن لان الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبته بالعين لانقضاء

وذا للشافعي رحمه بناء على اصله اذ الخصومة لهو لا في الاسترداد عنده وزفر رحمه يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه تقويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار حينئذ الى الاسترداد فيستوفي القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وستوط التهمة ضرورة الاستيفاء فلم يجتمعوا لا معتبر شبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المودع فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في حق الخصومة قائمة

ولا للحفظ وفي غاية البيان وينبغي ان يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الراهن تزيد من الدين بقدر عشرة لان الزائد امانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة الى ذلك بقدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته قوله رحمه الله وذا اي بنى عدم القطع بخصومته هو على اصله وهو ان لا خصومة لهم في الاسترداد عند جحود من في يد المال المودع كما بنا وغير المودع الا ان يحضر المالك لانهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم البتة بسبب ذلك لا يملكونها لا عادة اليد اولى قيل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا يقول مالك ومن يد المستعير الصناع وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ ولا تظهر في حق القطع لان فيه اي في القطع تفويت الصيانة لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الامر على موضوعه بالنقض اذ تصيير خصومة لاثبات الحفظ سببا للفيه ولان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا وهذه النكتة هي مبنى الخلاف اعني كون خصومتهم معتبرة فاثبتها بقوله اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد والاحسن ان يقال لهم ولاية الحفظ وهو اليد فكان استعارتها حتما لهم كما ان ذلك للمالك بل الملك في الحقيقة لم يرد الا لليد وهذا لان ذا اليد ان كان امينا لا يقدر على اداء الامانة الا بها فان كان خاصبا لا يقدر على استقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومته في حق لهم ثم تظهر بالسرقة فيجب بها القطع ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول سرق مني وقصده احياء حق المالك حق نفسه بخلاف خصومته في القصاص لانه غير فلا تتقيد بخصومته لانه ليس فيه حقه في اعادة يده واورد ان في صورة الاقرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو احد المجتبين وكذا لو اقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعي مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيها وانه الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود في هذه الصورة مع انه يقطع اجيب بان المستعير ومن ذكر معه اصحاب يد صحيحة وبينا ان لهم حق الاسترداد بخصومة كل منهم باعتبار حنته بخلاف الوكيل الا ترى انه لا يستغني عن اضافة الخصومة الى غيره وفي فصل الاقرار شبهة زائدة هي جواز ان يعود المالك فراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم اجاب عن قول زفر لقوله وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء حقا لله وان لزم غير مقصود ولا ادري لانه انما ثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما فيقطع مطلقا مع انه مهدر في اعتبار الشرع بدليل الاجماع على ان يقطع بخصومة الاب والوصي لسرقة مال اليتيم وان لزمه سقوط الضمان فكان تعليله لذلك مردودا بدلالة الاجماع وقوله ولا معتبر لشبهة موهومة جواب عن مقدر هو ان يقال احتمال قرار المالك على اعتراف ذي اليد واذنه اذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابتة توهمها في الحال لا على تقدير منتف في الحال الا ترى ان القطع يستوفى بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع وان كان لو حضر المستودع قال كان ضيفي او دنت له في الدخول في بيتي ولا يخفى ان لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التي ذكرها بعضهم في اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك للسرق للمسلمين ونحوه فانه جاز انه اذا حضر قال كنت اجزته للمسلمين او لطائفة السارق منهم كما جاز ان يقوله به سواء فاذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فكذلك تلك وان اعتبرت تلك لسبب قيام احتمالها في نفس الامر على تقدير حضوره المنتفي في الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان اذن له او انه يقر له به قائم في الحال

ولو قطع سارق بسرقة فسرقت منه ثم لم يكن لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني لأن المال غير متقوم في حق السارق حتى كان يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها للأول لأنه الخصومة في دعوى الاسترداد لحاجة ذا الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول وبعد ما رفع الحد لشبهة يقطع بخصومة الأول لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب من سرق سرقة فردها على المالك قبل أن يرتفع إلى الحاكم لم يقطع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقطع اعتبارا بما إذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة بحصول مقصودها فتبين تقديرا وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه إذا سلمت إليه ولذلك إذا باعها المالك إياه وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا البعارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة

وقولنا في ظاهر الرواية احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة المستودع **قوله** وإن قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب المال يقطع السارق الثاني وبه قال أحمد والشافعي في قول وقال مالك والشافعي في قول يقطع بخصومة المالك لأنه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الأول أو لا والثاني أن المالك لا يجب على السارق ضمانه فكان ساقط التقوم في حقه وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان لعين السارق الأول ليست بمضمونة ولا بمودعة ولا بمملوكة فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه وروى في نوادر هشام عن محمد أن قطعت الأول لم أقطع الثاني وإن دررت القطع عن الأول لشبهة قطع الثاني ومثله في الإملاء لأبي يوسف وأطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق وهو قول أحمد لأن يده ليست يد أمانة ولا يد ملك فكان ضائعا ولا قطع في أخذ مال ضائع قلنا بقي أن يكون يد غصب والسارق منه يقطع ما لحق التفصيل المذكور وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجة إذا الرد واجب عليه وفي رواية أخرى ليس له ذلك لأن يده ليست يد ضمان ولا يد أمانة ولا ملك والرد منه ليس بأولى منه إلى المالك والوجه أنه إذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرده إلى الأول ولا إلى الثاني إذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثاني إلى المالك إن كان حاضرا وإلا حفظه كيلا يحفظ أموال الغيب ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعد ما درىء عنه القطع لشبهة يقطع بخصومة الأول لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار يده كيد الغاصب **قوله** ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما إذا رد بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة التي هي الموجب للقطع فكانت شرطا في القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد لأنها أعني الخصومة الموجبة لا تتم إلا بإقامة البينة وهي إنما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت المنازعة بالرد بخلاف ما بعد المرافعة أي بخلاف ما لو رد بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فإنه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة وإذا رد المال لا خصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشيء ينتهي وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة ببقاء يده على المال فيقطع بعد رده ولا فرق في عدم القطع بين أن يرد قبل الخصومة إلى يد المالك أو بدا به أو أمه أو جده أو جدته وإن لم يكونوا في عياله وكذا يرد المستعير والمودع بالرد إليهم لأن لهم شبهة ملك في المال فالرد إليهم رد إليه حكما وذلك كاف في الرد إليه بخلاف ما لو رد إلى ابنه وذوي رحمه المحرمة كأخيه وعمه وخاله إن كانوا في عياله يبرأ ولا يقطع كما لو رده إلى زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجيره مشاهرة وهو الذي يسمى غلامه أو مساهمة يبرأ في هؤلاء كلهم ولا يقطع ولو سرق من المكاتب ورد إلى سيده أو من العيال ورده إلى من يعولهم أو سرق من شخص ورده إلى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة إلى من يعول المودع أما الغاصب فلا يبرأ بالرد إلى الأب والأم ولا إلى ولده وأقاربه المحرمة الذين في عياله ولا إلى الزوجة ومن ذكرنا معها **قوله** وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك وسلمها إليه أو باعها منه لا يقطع وقال زفر والشافعي ومالك وأحمد يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة قد تمت انعقادا لفعلها بلا شبهة وظهورا عند الحاكم وقضي عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة إلا لرجوع عارض الملك المتأخر متقدما لتثبت اعتباره وقت السرقة فلا موجب لذلك فلا يصح ولا شبهة فيقطع ومما ينفي صحة ذلك لاعتبار

ولنا ان كل واحد من القضاء في هذا الباب نوع استيفاء حتى لا استيفاء بعد القضاء اذا تقضى للاظهار وانقطع حق العبد تعالى وصوناً لهذه عند وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء كما في سائر الحدود قبل القضاء قال كذلك اذا خلفت فيما من النصاب بعد قبل الاستيفاء بعد القضاء وعند محمد رحمه الله يقطع وهو قول زفر رحمه الله اعتبارا بالنقصان قبل القضاء لنا ان كمال النصاب انما كان شرطا باعتبار تمام عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عنده وبنا كما اذا استهلكه كله ما نقصان السعر غير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق رد العين المسروقة سقط القطع عنه لان اقراره بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة قال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لانه يبرئ عن سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال انه معتبر بما قال الله لدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة فقال احدهما هو مالي وهم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة ثبتت باقرارهما على الشركة فاذا سرقا غائبا احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول ابي حنيفة لانه اقر بما لا يوجب القطع عليه وهو انه سرق نصابا كاملا وهو لا يقطع لانه لو حضر يدعي الشبهة وحجة قوله الآخر ان البينة تقع على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا يتبرع احد بدفع الشبهة عن غائب

لما في حديث صفوان انه قال يا رسول الله لم اردد هذا ردائي عليه صدقة فقال عزم فهلا قبل ان تاتيني به رواه ابو داود وابن ماجة زاد النسائي في روايته فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو اقر به بالسرقة بعد القضاء فانه لا يقطع لان بالاقرار يظهر الملك السابق فيقتضي القطع قوله ولنا ان الامضاء يعني استيفاء الحد بالفعل من القضاء في باب الحدود فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء والشان في بيان ان الاستيفاء من القضاء وهو القضاء في هذا الباب وقد بيناه في حد الزنا الا ان المعول هناك ان هذا ههنا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله لوقوع الاستغناء عنه اي عن القضاء بالاستيفاء حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة باللفظ بل امر بالاستيفاء او استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء وهذا لان المقصود من القضاء باللفظ ليس الا اظهار الحق للمستحق والمستحق ههنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر الى الاظهار فلا حاجة الى القضاء لفظا بل في لا يفيده سقوط الواجب عنه الا بالاستيفاء واذا كان كذلك فالخصومة شرط ليشترط قيامها عند الاستيفاء كما عند القضاء وهي منتفية بالبينة بخلاف رد المال المسروق بعد القضاء بالقطع لانه ثمة الخصومة والشيء بانتفائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع واما الحديث ففي رواية كما ذكرنا وفي رواية الحاكم في المستدرك انا ابيعه فاتيه ثمنه وسكت عليه وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت اريد هذا وقوله يقطع رجل من العرب في ثمانين درهما ولم يثبت انه سلمه اليه في البيتة ثم الواقعة واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الدفع اليه وفي ذلك لا يكون ملكا قبل القبض قوله وكذلك اذا نقصت قيمتها اي قيمة السرقة اي العين المسروقة من حيث السرقة بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب وعن محمد يقطع وهو قول زفر وباقي الائمة الثلاثة اعتبارا بالنقصان بالعيب فانه اذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق فكذا اذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء وكذلك لنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كما عند القضاء لما ذكرنا انه من القضاء وهو يتوقف في نقصان القيمة بخلاف نقصان العين لان ما استهلكه مضمون عليه فكان الثابت عند القطع نصابا كاملا بعضه عين وبعضه دين بخلاف نقصان السعر فانه لا يضمنه وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فانه يقطع به لقيامه اذ ذاك ثم لا يسقط ضمانه قوله واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه يسقط القطع عنه ولم يقم بينة قال المصنف معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة وانما فسر به ليصح ما اذا اقر بالسرقة ثم رجع فقال لم اسرق بل هو ملكي فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال وقال الشافعي لا يسقط بمجرد دعواه وهو احد قولي مالك ذكره بعضهم وهو رواية عن احمد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يودي الى سد باب الحد اذ لا يعجز سارق عن هذا ونقل عنه انه لا يقطع وقيل هو نص الشافعي وعن احمد رواية انه اذا كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة واولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحدود تدرء بالشبهات وهي احتمال صدقه قال المصنف ولا معتبر بما قال من انه يفضي الى سد باب الحد لدليل صحة الرجوع بعد الاقرار اجماعا والسارق لا يعجز عن ذلك مع انه يعتبر رجوعه شبهة دارئة اذا رجع على انه ممنوع فان من لم يعلم هذا من السراق اقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالبا قوله واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو لي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق المتهما ويورث الشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فتتحد فتعمل الشبهة فيهما قوله فان سرق احدهما غائبا وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر لما مر من قول ابي حنيفة الآخر وهو قولهما وقول الائمة الثلاثة وكان يقول اولا لا يقطع لانه ان حضر

[illegible] عليه بالسرقة وهو ينكر [illegible] وقال ابو يوسف رح يقطع والعبد لا يقطع والمدبر لا يقطع وهو قول زفر رح وهذا الذي ذكره المولى قول مسعود ولو كان السيد ما ذون له يقطع في قول الكل وان كان المولى مكاتبا لا يقطع في قول زفر رح لانه لا يصح اقراره على نفسه بالحدود والقصاص لانه يريد بذلك نفسه وطرفه وكذلك مثل المولى والاجنبي غير مقبول لان المأذون لا يؤخذ بإقرار مولاه في المال لتعلق حق الغرماء برقبته مسلطا عليه حتى راغب عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره مرجحا انه آدمي تعتبر حاله في المالية فيقوم حتى انه مال لا لانه محترم وهذا لان اقراره يشتمل عليه من الاصل مثله مقبول على ما نبينه ونحن نقول يصح اقراره بالمال باطل هذا لا يعود منه الاقرار بالنصب فيبقى مال المولى ويقطع في العبد في سرقة مال المولى عندنا لان المال صار محلا للقطع بايجاب حتى تتم الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تتم ولا يثبت واذا بطل فاهم الاصل بطل في المتنازع فيه لتعذر الجمع بين الماذون لان قراره بالمال لان قوله صحيح فيعتبر في القطع شهادة ولا يثبتان بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه والمال هو المولى فلا يصح وهذا فيه القطع يستحق بدونه كما اذا قال الثوب الذي في يده سرقته من عمرو وزيد يقول هو لي فيقطع لان المقر له كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى يأخذ من زيد وبخلافه اذا ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء نائب للقطع حتى لو سقط عنه المال باعتباره وسيتم القطع بعد استحقاقه بخلاف مسئلة الحر اذا قطع ثم تاب السرقة من الموضع اما لا يجب لتعذر العبد مال المولى فافترقا وبهذا تعلم في الفصول كلها الا ول المانع

ربما يدعى شبهة والسرقة واحدة فتحتمل في حقها وجه قول الآخرين الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما فانما علمت الشهادة في حق الحاضر فقط ولا معتبر بتوهم حدوث شبهة على ما مر في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع ثم لو حضر الغائب لا يقطع الا ان تعاد تلك البينة عليه او تثبت بينة اخرى وكذا اذا اقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قول الاول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الائمة قوله واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم لعينها حاصل وجوه هذه المسئلة اربعة لان العبد المقر بالسرقة اما ماذون له او محجور عليه وفي كل منهما اما ان يقر بسرقة مستهلكة او قائمة فالماذون له اذا اقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن لا يضمن المال وان اقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المعلى ولو كان ماذونا قطع في الوجهين ويرد المال الى المقر لسواء صدقه المولى او كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وان كان العبد محجورا فان اقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وان اقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر ان قول زفر لا يقطع في شئ وهو ما ذكره المعلى بقوله قال زفر لا يقطع في الوجوه كلها اي فيما اذا كان العبد محجورا او الاقرار بها هالكة او قائمة او ماذونا والاقرار بها هالكة او قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذا اعني اقرار المحجور بقائمة في يده فقال ابو حنيفة يقطع ويرد لمن اقر لبسرقتها منه وقال ابو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله او قيمته بعد العتاق للمقر له وقال الطحاوي سمعت اسناوي ابن ابي عمران يقول الاقوال الثلاثة كلها عن ابي حنيفة فقوله الاول اخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال ابو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسئلة الحملان في الزكاة ومبنى المسئلة اذا كذبه المولى في اقراره وقال المال مالي اما اذا صدقه فلا اشكال في القطع ورد المال للمقر به اتفاقا هذا كله اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع عليه اصلا وهو ظاهر غير انه ان كان ماذونا يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا يضمن واذا كان محجورا فان صدقه المولى يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما ولا ضمان عليه ان كان هالكا ولو بعد العتق وقدم المعلى الكلام مع زفر فقال ان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لان اقراره بها يرد اثره على نفسه او طرفه بالاتلاف وكل ذلك مال المولى فالاقرار به اقرار على مال الغير والاقرار على الغير غير مقبول الا ان الماذون له لما تضمن اقراره الاقرار بالمال والطرف وبطل بالطرف بقي صحيحا بالمال بضمانه ان كان هالكا ويرده ان كان قائما لصحة اقراره بالمال لكونه مسلطا على الاقرار به من جهة المولى حيث اذن له في التجارة ونحن نقول الاقرار بها منه صحيح لان اثر الاقرار بها يرجع اليه من حيث هو آدمي لا من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه الا ترى ان المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان يبقى غنيه على اصل الادمية فيملكه هو كالطلاق ولانه لا تهمة في هذا الاقرار البتة في حق السيد لان ضرورة الراجع اليه به فوق ضرر قاصر راجع به الى المولى لانه يفوت عليه نفسه او طرفه وما كان كذلك نفذ على الغير كما اذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان وبالسماء علة فانه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لان الزامهم من ذلك فرع لزومه عليه فنفذ في حقهم تبعا لنفاذه عليه وكذا الواقر المفلس يقبل عليه اقراره اجماعا وان كان فيه ابطال دين الناس وللمحدود في المحجور عليه ان اقر بالمال باطل ولهذا لا يصح اقراره بالنصب فيبقى ما في يده مال المولى اذ الغرض تكذيب المولى في اقراره فنفذ اقراره بسرقة مال المولى

قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت الى صاحبها لبقائها على ملكه والكانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف رح عن ابي حنيفة رح وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي رح لا يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان بناء في القطع

والسرقة مال المولى لا القطع وبهذا القدر تم الوجه وقوله بعده ليؤيده الخ زيادة توكيد اي ليؤكد ما ذكرنا من عدم القطع ان المال في لزوم القطع اصل والقطع تابع والتابع من حيث هو تابع لا يتحقق دون متبوعه فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع وبيان المال اصل ان الخصومة تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال اريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع وكذا ثبت المال في دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها واقام رجلا وامرأتين شهدوا بها فانه يقضي بالمال دون القطع وكذا اذا اقر حرا بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع وفي عكسه لا يسمع حتى لو قال المسروق منه اريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فانما يصح في حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع ولابي يوسف انه اقر بشيئين اي اقر بما يوجب شيئين القطع وهو اقرار على نفسه فيقطع على ما ذكرنا مع زفر من وجه صحة اقراره بالحدود والقصاص والمال وهو اقرار على المولى وهو يكذبه فلا يصح في حق المولى القطع لبقاء بدون المال كما اذا اقر بسرقة مستهلكة فانه يقطع فلا يلزمه المال وكذا لو هذا الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي ليقطع ولا ينزع الثوب من زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى ولابي حنيفة ان الاقرار في حق القطع قد صح منه لما بينا في الكلام مع زفر من انه آدمي الخ ويلزمه صحته بالمال انه لغير المولى لاستحالة ان يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل انه اذا صح الاقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع وهو لزوم الحكم الشرعي يكون المال للمقر له اذ لا قطع بمال السيد والى هذا تم الوجه وزيادة قولهم لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه زيادة لا تظهر الحاجة اليها وقوله بخلاف مسألة التحريم الزام لابي يوسف بما اذا اقال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو يقطع به ولا يدفع الى عمرو فكذا اجاز ان يقطع بما اقر به من مال الاجنبي ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع في المسألة المذكورة محمول على صحة اقراره به لعمرو وانه وديعة عند زيد او غصب وادعى زيد ان الثوب له جاز كونه انكار الوديعة غير ان المفلس خصمان في ذلك والقطع لسرقة ثوب مودع او مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى او مغصوبا عند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع قوله واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك لانه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلان لا يضمن بالهلاك ولا جناية اخرى له فيه اولى وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين وروي الحسن عنه انه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما اي في الهلاك والاستهلاك وهو قول احمد والحسن والنخعي والليث والبتي واسحق وحماد وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه لنظر اللجانبين ولا خلاف ان كان باقيا انه يرد على المالك كذا اذا باعه او وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وبهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبل ان اضمنه لم يقطع عندنا فانه يضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وجه قولهم عموم قوله اعتدي عليكم وعلى اليد ما اخذت حتى ترده لانه اتلف ما لا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب والمانع انما يمنع ما قاله حتى القطع والضمان ولانهما قالا انهما حقان بسببين مختلفين احدهما

لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولا المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة

حق العبد تم وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والاخرى حق الشرع فيقطع حقا لله ولا يضمن حق العبد وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء حقا لله ولا يضمنه حقا للعبد وكشرب خمر الذمي على قولكم فانكم تجدونه حقا لله تعالى وتغرمونه قيمتها حقا للذمي فهذا الزامي فانهم لا يضمنون الخمر باستهلاكها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن اخيه المسور بن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يغرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني لا غرم على السارق بعد قطع يمينه وضعف ابن المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فان اسحق بن الفرات رواه عن المفضل فادخل بين يوسف بن يزيد وسعد بن ابراهيم الزهري وقال ابن المنذر سعد بن ابراهيم هذا مجهول وقيل انه الزهري قاضي المدينة وهو احد الثقات الاثبات وعندنا الارسال غير قادح بعد ثقة الراوي وامانته وذلك الساقط ان كان قد ظهر انه الزهري فقد عرف وبطل القدح بجهالته قال ابن قدامة انه يحمل على غرم السارق اجرة القاطع مدفوع بهذه البزار للضمين السارق سرقته بعد اقامة الحد ولم يرد على قول المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه تملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه اخذ ملكه ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعا فما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي والمؤدى اليه الضمان فينتفي الضمان لان المسروق يبقى مع القطع معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه وانما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة اذ الشبهة ليست الا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرئ الحد لكن الحد وهو القطع ثابت اجماعا فكان محرما حقا للشرع فقط كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله ولا يقال جاز كون الشيء محرما لغيره ونفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم ان يكون مباحا في نفسه لانا نقول نا فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرما الا لغيره وقت استخلاصه الحرمة لنفسه ثم قبيل فعل السرقة القبلية التي علم الله تم انتهاء تتصل بها السرقة وانما يتبين لنا ذلك تحقيق القطع فاذا قطع علمنا انه استخلص الحرمة حقا لله تم في ذلك المال كما يعلم ان الاب ملكه الله تم جارية ابنه من غير تمليك من الابن له لظهور دعواه ولد بالا علمنا انه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تم ينقل الملك فيها اليه قبيل الوطي القبلية التي علم تم اتصال الوطي بها وكذا في اعتق عبدك عني بالف فهو من الاستدلال بمعائنة الشروط على سبق الشرط فان قلت فما وجه رواية الحسن في الضمان باستهلاك مع فرض ان العصمة انتقلت الى الله تم وصار المسروق لحرمة الميتة فينبغي ان لا يفترق الحال فاجاب المصنف عنه بقوله الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حق فعل آخر انما الضرورة في نفي شبهة الاباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع وكذا الشبهة اي شبهة الاباحة انما تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الاستهلاك ووجه المشهور ان الاستهلاك وان كان فعلا آخر الا انه اتمام للمقصود بالسرقة وهو الانتفاع المسروق فكان معدودا منها فتعتبر الشبهة فيه كما اعتبرت في السرقة وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان في فصل الاستهلاك لانتفاء المماثلة بين المال المسروق والضمان لان المسروق معصوم حقا للعبد في حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقا في حالتي الهلاك والاستهلاك

قال من سرق ربع دينار من حرز أو ما قيمته ربع دينار ولا يقطع إلا من هذا المقدار فصاعدا وقطع اليمنى وحسم وضمن المسروق إن كان قائما وإلا فقيمته يوم السرقة وإن سرق ثوبا فشقه في الدار قبل أن يخرجه ثم أخرجه وهو يساوي عشرة قطع وإن شقه بعد الإخراج قطع بالاتفاق وإن سرق ثوبا فقطعه قباء أو جبة أو قلنسوة أو خفا أو قطعه وخاطه ثم سرقه وهو يساوي عشرة قطع وإن سرق ثوبا فقطعه سراويل أو قميصا أو مقنعة أو خفا أو خاطه ثم سرقه وهو يساوي عشرة لم يقطع وإن سرق ثوبا فقطعه وخاطه ثم سرقه وهو لا يساوي عشرة قطع وإن سرق ثوبا فقطعه وخاطه ثم سرقه وهو لا يساوي عشرة ثم باعه فاشتراه رجل وهو يساوي عشرة قطع وإن سرق ثوبا فقطعه وخاطه ثم سرقه وهو يساوي عشرة ثم باعه فاشتراه رجل وهو لا يساوي عشرة لم يقطع وإن سرق ثوبا فقطعه وخاطه ثم سرقه وهو لا يساوي عشرة ثم باعه فاشتراه رجل وهو يساوي عشرة لم يقطع وإن سرق ثوبا فقطعه وخاطه ثم سرقه وهو يساوي عشرة ثم باعه فاشتراه رجل وهو يساوي عشرة لم يقطع وإن سرق ثوبا فقطعه وخاطه ثم سرقه وهو يساوي عشرة ثم باعه فاشتراه رجل وهو يساوي عشرة لم يقطع

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق مالا فاستهلكه في منزله أو نثره أو ذراه في الريح أو دفعه إلى دابة فذهبت به أو ألقاه في الماء أو أحرقه بالنار أو ذبح الشاة فصارت لحما أو شواها أو طبخها أو شق الثوب أو خرقه أو قطعه قباء أو قلنسوة أو خفا أو خاطه ثم سرقه وهو يساوي عشرة دراهم فلم يخرجه من يده حتى ضاع أو استهلكه أو باعه فلا قطع عليه لأن السبب ملك وهو الجزء الفاحش فإنه يوجب الضمان ولا قطع

فإذا انتفت المماثلة انتفى الضمان لأن ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف شارب خمر الذمي لأنه أتلف ما لا قيمة له في غير ديننا وفيه جناية على عقله وحق الله تعالى فيه الحد فجعلنا ذلك نكالا حرمنين ومثله صيد الحرم المملوك وفي المبسوط روى هشام عن محمد أنه إنما يسقط الضمان عن السارق فيما لا يتعذر لتعذر الحكم بالمماثلة فأما ويانة فيقضي الضمان للحرز الخسران والضمان للمالك من جهة السارق وفي الإيضاح قال أبو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لأن الثوب على ملك المسروق منه وكذا الوخاطة قيصا لا يحل له الانتفاع لأنه ملكه بوجه محظور وقد تعذر إيجاب القضاء به فلا يحل الانتفاع كمن دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيئا من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة وكالباغي إذا أتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر إيجاب الضمان لعارض ظهر أثره في حق الحكم دون الديانة فيعتبر قضية السبب قوله ومن سرق سرقات تقطع في أحدها بخصومة صاحبها أو بعده فهو على ذلك القطع لجميعها ولا يضمن شيئا لأرباب تلك السرقات عند أبي حنيفة وقالا يضمن كلها إلا السرقة التي قطع فيها فإن حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا من السرقات بالاتفاق لهما أن الحاضر ليس نائبا عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع لبعضهم فبقيت أموالهم معصومة ولأن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم فإذا كان الحكم الشرعي الثابت في نفس الأمر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الأسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها وهو لزوم سقوط اعتبارها كلها في نفس الأمر علم القاضي بها أو لم يعلم ولا أثر لعدم علمه بها في نفي الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الأسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار قبل أن يخرجه من الحرز بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة بعد الشق قطع وعن أبي يوسف أنه لا يقطع وإن كان يساوي عشرة بعده ولم يقطع بالاتفاق وإن شقه بعد الإخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلف العبارات في إفادة قول أبي يوسف في بعضها ما يفيد أنه روي عنه وإن الظاهر من قوله كقولهما وهي كلام الهداية وفخر الإسلام البزدوي والصدر الشهيد والعتابي حيث قالوا عن أبي يوسف وكذا قول الأسبيجابي وذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع محمد وقول محمد مع أبي حنيفة في الظاهر وشمس الأئمة البيهقي زاد وقال في كفاية وعن أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة وفي بعضها ما يفيد أنه الظاهر من قوله كقول صاحب الأسرار وقال أبو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي قال أبو يوسف كل شيء يجب عليه قيمته إن شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه وجه قولهما أن السرقة تمت الأوقد انعقد للسارق فيها سبب الملك إذ بالخرق الفاحش ثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وإن كره ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع ثم استرط البائع الخيار فإنه لا قطع لذلك وهو أن السرقة تمت على عين غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق ولهما أن الأخذ وقع سببا بالضمان ولا يخفى أن المناسب أن يقول أن الشق وقع سببا للضمان للمالك وثبوت ولاية التغيير بملك ليس سببا للملك بل السبب إنما ثبت عند اختيار التضمين وإنما تكون تلك الولاية موجبة للسببية

وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين المنقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا لا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان الشرع اسقط عنه الضمان

اذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما قست عليه لا في ما وضع سببا للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس في الاخذ بل في الشق تكلف في تقريره بان قبل الاخذ سبب للضمان كانه عدوان محضر لا للملك فكان كالشق عدوانا فلهذا لا يعتبر فلا اخذ شبهة دارئة للقطع بل لقطع اجماعا كذلك الشق وانما يصير الشق سببا للضمان اذا اختار المالك التضمين فتثبت ضرورة اداء الضمان والقضاء به وشبهه لا يورث شبهة والا لثبت مثلها في الفصل الاخذ لانه ايضا يحتمل ان يصير سببا للملك باداء الضمان كالشق فصار نظير ما اذا سرق البائع مبيعا باعه ولم يعلم المشتري العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد بالعيب الذي هو ملك المالك للبائع قوله وهذا الخلاف الخ الحاصل ان هذا الخلاف الكائن وفي القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان واخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند ابي يوسف لا يقطع ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه اياه بالهبة بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك ليس للمالك تضمين كل القيمة فانتفاء وجه ابي يوسف في عدم القطع في اليسير واعلم ان الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقة الا بما لزمه بالضمان فقد جرده التمر ما شيء ان ينقص اكثر من نصف القيمة واما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والا فيسير وقيل بدان يكون المنفي فصاعدا لما نبه الى ما به يصير اتلافا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة والبسير ما يفوت به شيء من المنفعة ذكره التمرتاشي واورد في الكافي على القطع مع ايجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير ان فيه جمعا بين القطع والضمان واجاب فقال انما لا يجتمعان كيلا يودي الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يودي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا بما عصمته السرق تسقط بالقطع فينبغي ان لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الحازية وفي الصحيح لا يضمن النقصان كيلا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فالا يضمن النقصان والحق ما ذكر في خاتمة الكتب لامهات انه يقطع ويضمن النقصان والنقص بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك ليعد السرقة بايا سرق واستهلاك المسروق وما نحن فيه ما اذا نقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم اذا اخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ لك المسروق الناقص ولم يضمنه اياه الا ترى الى قول الامام قاضي خان فان كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان اما القطع فلانه اخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة واما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الاخراج الذي به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقي فلا يمنع كما لو اخذ ثوبين واحرق احدهما في البيت واخرج الآخر وقيمته نصاب واما على الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الخ فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك في المخرج فان الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء الملوك له قوله وان سرق شاة فذبحها

ومربق دهنا او فضة يجب فيه القطع وصنعكم ابهم وردا لدراهم والدنانير الى السرو ومنه هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا سبيل الا ورق منه عليهما او اصله الا ان يكون الصنعة منقومة عليهم اخذ الورق والمرتو وجه الى ان يكون بمنزلة ما لو قطع الحلي بعد ما صار بالصنعة شيئا آخر فانه لا يقطع عندهما فكذا هذا وله ان الصنعة لا تنقوم على السارق لانه لا يملكها قبل القطع وقبل قطعها لا يجب القطع لانها ليست بمال متقوم فصار كما لو قطع ثوبا لا قيمة لعينه فانه لا يقطع بالاجماع وهذا لان الصنعة لا تتقوم بنفسها لانها اعراض لا تبقى زمانين وانما تتقوم بالمحل وهو الورق والدراهم والدنانير وهي مملوكة لغير السارق فلا يجب القطع بسرقتها كما لو قطع ثوبا لا قيمة لعينه وله ان الصنعة مال متقوم حتى لو اراد اخذه يضمن قيمته وقطع المالك قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه يضمن قيمته فيجب القطع كما لو قطع ثوبا لا قيمة لعينه وهذا لان الصنعة تابعة وهي ان الصنعة قائمة

الاحسن ويدل عليه قوله تعالى فما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله كيف وقد اراد منه واتباعه ان توزيع على الاحوال وهو ايضا بناء هذه الثلاثة المذكورة والبعد لها انشاء الله تعالى ولكن انما يستقيم توزيع الاحوال ان لا يتغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويغرمون ايضا لما شرحنا من انكار الخافة وشرط القدرة على الامتناع لكن نفي الحرابة يتحقق بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم او ذمي ليكون العصمة مبتدأة ولهذا الوقطع الطريق على المستأمن لا يوجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كما يستباح طرفه الا بتناوله ماله خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والمراد بالنفي الحبس لما بيناها لما تلوناه ويقتلون حدا لا يعفى الاولياء عنهم لانه حق الشرع

اي اخذ المارة فاحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعي اربعة وبالنسبة الى ما هو اعم منه خمسة اما بالنسبة الى الجزاء فاما ان يوخذوا قبل ان يأخذوا مالا ولا يقتلوا النسابل لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى ان اخذوا فحكمهم ان يعزروا ويحبسوا الى ان تظهر توبتهم في المحبس او يموتوا هذا ان اخذوا مال مسلم او ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمة ذلك فيقطع الامام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى واما ان قتلوا مسلما او ذميا ولم يأخذوا مالا فيقتلهم الامام حدا ومعنى حدا انه لو عفا اولياء المقتول لا يقبل عفوهم لان الحق خالص حق الله لا يسمع فيه عفو غيره فمتى عفى عنهم عفى الله تعالى والرابعة ان يأخذوا المال ويقتلوا وسياتي في فتاوى قاضي خان وان قتل ولم يأخذ المال تقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا الا ان يكون معناه اذا لم يمكنه اخذ المال فلم يأخذ شيأ ومال الى القتل فانا سنذكر في نظيرها انه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن ابان وفيها ايضا ان خرج على القافلة في الطريق واخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من انه يحبس استثناء للنفي المذكور في الآية وما هو بالنسبة الى ما هو اعم فلا يرد المذكورة والخامسة ان يوخذوا بعدما اخذوا توبة وتاتي ايضا في الكتاب والتقييد بمسلم او ذمي في صدر المسألة ليخرج المستأمن فلو قطعوا الطريق على مستأمن لا يلزمهم شيء مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفار ذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التأبيد وباقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقدره الشارحون ياتي ذلك كله في الكتاب مفصلا والاصل فيه اي في توزيع الاجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة قوله انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا الآية سمي قاطع الطريق محاربا لله لان المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل امنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل الامن او هو على حذف مضاف اي يحاربون عباد الله وهو احسن من تقدير اولياء الله لان هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر الذمي واما محاربته لرسوله فاما باعتبار عصيان امره صلى الله عليه وسلم واما باعتبار ان امر صلى الله عليه وسلم الحفاظ بطريق المسلمين والخفارة والملوك بعده نوابه فاذا قطع الطريق الذي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه فالمراد من الآية التوزيع اي توزيع الاجزية المذكورة على انواع قطع الطريق وبه قال الشافعي والليث واحمد واصحاب الحديث وقتادة واصحاب احمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وابو ثور وداود الامام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقا وقال مالك اذا راى الامام القاطع جلدا اذا راى قتله وان كان جلدا راى له قطعه ولنا ما روى محمد رحمه الله عن ابي يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا برزة هلال بن عويمر الاسلمي فجاء اناس يريدون الاسلام فقطع عليهم اصحاب ابي برزة الطريق فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحدان من قتل واخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ قتل ومن اخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عن ابن عباس ومن اخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي وبالنظر الى المعنى وهو ان من المقطوع به انما ذكر من القتل والصلب والقطع والنفي كلها اجزية على جناية القطع ومن المقطوع به ان هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالاطلاق المحض للآية يقتضي ان يجوز ان يرتب على اغلظها اخف الاجزية المذكورة وعلى اخفها اغلظ الاجزية وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الاغلظ للاغلظ والاخف للاخف ولان في هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالاخذ

والرابعة اذا اقتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم ولم يصلبهم وقال محمد رح يقتل ويصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم وقلنا ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت بيت من على التباهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين وآلته داخل في الحد وهو لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيخير فيه

الا ان الاخذ لما كان اغلظ من اخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع اشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين فتقطع في الاخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان الغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه ولموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون المأخوذ نصابا كاملا كما يشترط طرفه باقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشترط مالك سواء ان يكون المأخوذ نصابا فصاعدا حسابا كالنصاب اولا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كيلا ينوي نصفه وكذا الاحكام السابقة من انه لو كانت ليسراه شلا لا يقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت شلا لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع يده وكذا الرجل اليسرى فان قلت ليس في الاجزية الموزعة الحبس قلنا المراد بالنفي ونحوه النفي من الارض اي من وجه الارض لان لا يتحقق ما دام حيا وان حمل على بعضها وهي بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع اذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصل اليه من البلدة الاخرى فعلمنا بمجازه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف في الغرر خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى اذا جانا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا وما روى مالك رح ان مجرد النفي لا يفيد المقصود قال يحبس في بلدة النفي ومعلوم ان المقصود لا يتفاوت بالحبس في بلدة النفي وغيرها فيقع التعيين بلدة النفي في غير الفائدة المطلوبة قوله والرابعة من انواع هذه الجناية ما اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم بلا صلب وقطع وان شاء صلبهم احياء ثم قتلهم وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف لا بد من الصلب للنص في الحد فلا يجوز ترك الحد كالقتل وبه قال الشافعي واحمد اجاب بان اصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب الا مرتين ولا غيرة صلب احد مع انه اظاهر النص لا يحتم الصلب فان قوله ان يقتلوا او يصلبوا انما يفيد ان يقتلوا بلا صلب او يصلبوا بلا قتل لكن القتل بعد الصلب مصلوبا بالاجماع وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل او يصلب في عامة الروايات من المبسوط وشرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف مع محمد وبه قال ان كان القاطع اذا راى والشافعي واحمد مع ابي يوسف في انه لا بد من الصلب ومع محمد في انه لا يقطع وجه قولهم انه جناية واحدة هي جناية قطع الطريق فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس في باب الحدود يدخل في النفس كحد السرقة والرجم اذا اجتمعا بان سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رد وهذا على اعتبار ابي يوسف مع ابي حنيفة انه لا مع محمد ان هذه الجناية وان كانت واحدة باعتبار انها قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقطع ايضا عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ سببها حيث بلغ النهاية في تفويت الامن من حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل واخذ المال وكونها امورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق الا ترى ان قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو في الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذي لزم اعتبار ان تعين القطع ثم القتل لان التوزيع اوى الى ان من اخذ المال قطع وهذا قد اخذه فيقطع وان من قتل يقتل ويصلب وهذا قتل فيجب ان يجمع له بين القطع والقتل الا ان ذلك كان فيما اذا فعل ذلك على الانفراد فاما على الاجتماع فجاز ان يوخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للامام وما ذكر من دخول ما دون النفس في النفس فيما اذا كانا حدين احدهما دون النفس والاخر النفس اما اذا كان ذلك حدا واحدا

ثم قال ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي رحمه الله وروى عن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب ثم قيل عن المثلة وجه الاول وهو الاخير ان الصلب على هذا الوجه ايلام في الردع وهو المقصود بهم قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به رواه الحسن عن ابي يوسف رحمه الله يترك على خشبته حتى يتقطع ويسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه فان باشر القتل احدهم اجزأ الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا نزلت اقدامهم الحجاز واليهم وانما الشرط القتل وقد تحقق قال ثم القتل وان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص ولحقه الارش منه فيما فيه القصاص ولحقه الارش لانه لا حد وهذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي فان اخذ مالا وقتل عمدا قتل حدا وان اخذ بعد ما قتل قتل حدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاءوا اعفوا عنه لان الحد وهذه الجناية عصمة النفس حقا للعبد لما يسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما قتل قتل حدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاءوا اعفوا عنه لان الحد وهذه الجناية عصمة النفس حقا للعبد لما يسقط عصمة المال وكذا تبطل الجراحات اذا قتل قتل حدا لان الحد والضمان لا يجتمعان قوله وان اخذ بعدما تاب سقط الحد عنه بلا خلاف بالنفس كما قال تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فان كان قد قتل فان شاء الاولياء قتلوه وان شاءوا اعفوا عنه لان هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح به وجب لا بدان يكون قتل بجديد ونحوه لان القصاص لا يجب الا بذنب وعند ابي حنيفة وكذا اذا كان اخذ المال تاب فان صاحبه ان شاء تركه وان شاء ضمنه ان كان هالكا وياخذه ان كان قائما لانه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد فظهر حق العبد في ماله كما في النفس وفي المبسوط والمحيط رد المال بعد تمام قوتهم لينقطع به خصومته خاصة ولو تاب ولم يرد المال حتى قدر عليه يؤخذ به في الكتاب واختلفوا فيه قيل لا يسقط الحد كسائر الحدود والاسقط بالتوبة وقيل يسقط اشار اليه محمد في الاصل لان التوبة تسقط الحتم

فلا بد لا بد من اقامته في اجزاء حد واحد غيره انه ان ابى ان يرتدع بالجزاء الذي لا تلف به النفس فعل الاخر وان بدر بما يتلف به لا يفعل الآخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت قوله ثم قال اي القدوري فيما اذا اختار الامام صلبه او ما اذا قلنا المزوم على قول ابي يوسف انه يصلبه حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي وجهه وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الزجر لان المقصود الزجر وهو بما يحصل في الحياة لا بعد الموت الا ان يقال النص دل على ذلك فانه قال ان يقتلوا او يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لانه معاند له بحرف العناد فلا يتصادق معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة فانها نسخت من الجانبين على ما عرف لا يقال وجه الاول وهو الاصح انه اذا ابلغ في الزجر فهو المقصود ولا يخفى ان هذا لا يكافي وجه الطحاوي لانا نقول الحاصل ليس غير حتى يصلب ويطعن الرابع والثالث هو المعاد منهم لان عادتهم القتل فليس مثلة عندهم كما هو في جدع الاذنين وقطع الانف وسمل العينين فان كان هنا مثلة فالصلب ليس غير وهو مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الحاصلة مستثناة من المنسوخ قطعا لا يحتمل الشك ثم نجلي بينه وبين اليد فنقول وعلمت في باب الشهيد انه لا يصلي على قاطع الطريق قوله ولا يصلب اكثر من ثلاثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى به الناس وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير لازمة من النص وكونه امرا بالصلب لا يقتضي الدوام بل بمقدار متعارف لايلام الاعذار كما في مهلة المرتد وغيرها كما في مدة الخيار قوله واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه لما بيناه في السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع قوله وان باشر القتل احدهم اي واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوا اجرى الحد على جميعهم فقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحدا لان القتل جزاء المحاربة التي فيها قتل بالنفس مع التنزيل والمحاربة تتحقق بان يكون البعض ردا للبعض حتى اذا انهزموا الحجاز واليهم فقد تحققت المحاربة مع القتل فشمل الجزاء الكل وهو قول مالك واحمد خلافا للشافعي فلنا حكم تعلق بالمحاربة فيستوي فيه المباشر والردء كالغنيمة ولا فرق بين كون القتل بسيف او عصا او حجر في قتل الكل وان لم يوجب ابو حنيفة القصاص بالقتل لان هذا ليس بطريق القصاص فان حد قطع الطريق مع القتل ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ لا وقد جرح فان كان من جراحة يجري فيها القصاص اقتص منه بالا يجري فيه ذلك لزيد الارش ويعرف القصاص به مالا قصاص في الجنايات انشاء الله تعالى وهذا لان لاحد في هذه الجناية من قطع او قتل فظهر حق العبد فيستوفيه الولي وان اخذ المال ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات لانه لما وجب القطع خالصا لله تعالى سقطت عصمة النفس اي ما حل بها من تفريق الاجزاء فصار كالجسم بالجراحات حقا للعبد كما لو سقط عصمة المال وكذا تبطل الجراحات اذا قتل قتل حدا لان الحد والضمان لا يجتمعان قوله وان اخذ بعدما تاب سقط الحد عنه بلا خلاف بالنفس كما قال تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فان كان قد قتل فان شاء الاولياء قتلوه وان شاءوا اعفوا عنه لان هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح به وجب لا بد ان يكون قتل بجديد ونحوه لان القصاص لا يجب الا بذنب وعند ابي حنيفة وكذا اذا كان اخذ المال تاب فان صاحبه ان شاء تركه وان شاء ضمنه ان كان هالكا وياخذه ان كان قائما لانه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد فظهر حق العبد في ماله كما في النفس وفي المبسوط والمحيط رد المال بعد تمام قوتهم لينقطع به خصومته خاصة ولو تاب ولم يرد المال حتى قدر عليه يؤخذ به في الكتاب واختلفوا فيه قيل لا يسقط الحد كسائر الحدود والا سقط بالتوبة وقيل يسقط اشار اليه محمد في الاصل لان التوبة تسقط الحتم

وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لو باشر العقلاء يجد الباقون وعلى هذا الخلاف السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والرد تابع ولا معتبر بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم وهما ان هذه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقم قتل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين

في السرقة الكبرى بحضورهما للاستشارة في النفس فلا يصح قياسها على باقي الحدود ومع معارضة النص سائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا وقال مالك واحمد في رواية والشافعي في قول تسقط وعندهما لقوله تعالى والذان ياتيانها منكم فآذوهما فان تابا واصلحا فاعرضوا عنهما ونحن نقطع بان رجم ماعز العامدية كان بعد توبتهما والاية منسوخة انما كان ذلك في اول الامر فاذا عرف هذا فنقول المعول ان التوبة تتوقف على رد المال لان القطع في سلة شبه القصاص لانها اذا توقفت على رد مال فاخذ القاطع قبل الرد اخذ قبل التوبة والاخذ قبل التوبة بعد اخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل اجيب لفرض المسئلة فيما اذا رد بعضه فانه علامة توبة فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي او استهلكه ومثل ما لو اخذ والبعد التوبة في سقوط الحد والرجوع الى القصاص وتصرف الاولياء فيه وفي المال بالواخذ واقبل التوبة وقد قتلوا ولكن اخذوا من المال قليلا لا يصيب كل انصباب فان الامر في القتل والجرح الى الاولياء ان شاءوا اقتلوا قصاصا وان شاءوا اعفوا وقال عيسى بن ابان يقتلهم الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم ياخذوا شيأ من المال قتلهم حدا لا قصاصا فمن اخذ المال اولى وهذا لان ما دون النصاب كالعدم ولانه تتغلظ جنايتهم باخذ شئ من المال فلا يسقط الحد والاصح ما ذكرنا في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع اخذ المال وقتلهم السبيل لا ليصلوا اليه فاذا تركوا اخذ المال عرفنا ان قصدهم القتل لا القطع لان القطع ليس الا للمال فينقص منهم ان شاء الولي ويجري فيه احكام القصاص قوله وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فيظهر احكام القصاص وتضمين المال والجراحات وفي المبسوط لو قطع عبد يد حر دفعه مولاه او فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لان القصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فان كانت فيهم امراة فعلت ذلك فعليها دية اليد في ماله لان القصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والواقع منها عمد لتعقله العاقلة قال المصنف فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء والاخذ والقتل يعد الباقون وان باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين قيل كان الوجه ان يقول وقال ابو يوسف بعد ان قال المذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر او ليقول المذكور ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي يوسف كما قال القدوري في مختصره الكرخي في مختصره ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن البالغين فان العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين وعلى هذا السرقة الصغرى ان ولي الصبي او المجنون اخراج المتاع سقط الحد عن الكل وان ولي غيرهما قطعوا الا الصبي والمجنون وقالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم لا يسقط الحد من غير الصبي والمجنون وذي الرحم لانها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين لابي يوسف ان المباشر اصل والرد تابع ففي مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد ان لا خلل في الاصل فيجد الباقون وفي عكسه وهو ان يباشر الصبي والمجنون ينعكس المعنى والحكم فالمعنى هو السقوط على الاصل فينعكس فان السقوط في التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقين فلا يحدون ولهما اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان قطع الطريق جناية واحدة لان الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير انها لا تتحقق في الغالب الا بجماعة فكان المصادر من الكثير جناية واحدة قامت بالكل واذا لم يقع فعل البعض موجب للحد لشبهة او عدم تكليف لا يوجب في حق الباقين ح لان فعل الباقين ح لبعض العلة ومع بعض العلة لا يثبت الحكم وصار كالخاطئ مع العامد اذا اجتمعا في قتل معصوم الدم

بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما ههنا الامتناع لخلل في الحرز لقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث قلنا ان قاتلوا انهارا بالسلاح او ليلا بعيدا او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبقربه منه لان الظاهر لحوق الغوث لا انهم يوخذون برد المال ايضا لان الحق للمستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا

يسقط القصاص عن الحامد واما ذوا الرحم المحرم فقيل تاويله اذا سقط الحد عن الكل ان يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي القطاع ذو رحم محرم من احدهم فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم لتصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان الماخوذ شيء واحد فاذا اتسع في حق احدهم بسبب القرابة يتسع في حق الباقين وقيل اذا لم يكن المال مشتركا فان لم ياخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك ان اخذوا منه وعن غيره بحدون باعتبار الماخوذ من ذلك الغير والاصح انه مجرى على الاطلاق وانهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانه محرز بحرز واحد وهو القافلة والجناية واحدة وهي قطع الطريق فلا امتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرزين لان كل واحد من الفعلين ههنا منفصل عن الاخر حقيقة وحكما واذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كذي الرحم المحرم قوله بخلاف ما اذا كان فيهم اي في المقطوع عليهم وهو القافلة مستامن جواب عن مقدر وهو ان القطاع على المستامن وحده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذا يجب عند اختلاط المستامن لذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم اجاب بان الامتناع في حق المستامن انما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو امر يخصه اما ههنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد فصير كان القريب وغير القريب من بيت القريب واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا عفوا وان شاؤا اقتصوا ويجري الحال في المال على ما ذكر من قريب ولو لم يقع القتل والاخذ الا في المستامنين لا حد عليهم ولكن يضمنون اموال المستامنين لثبوت عصمة اموالهم للحال وان لم يكن معصوما على التابيد والله اعلم قوله واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد واذا لم يجب الحد سقط القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة او بثقل عندهما ورد المال ان اخذه وهو قائم وضمانه ان هلك او استهلك قوله ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث تتصل عمران احدهما بالاخرى فليس بقاطع الطريق استحسانا وكذا بين القريتين وحد بعضهم مكان القطع ان يكون في قرية بنهما وبين المصر ميل سفرا في ظاهر الرواية وفي القياس يكون قاطعا وهو قول الشافعي فان في وجيزهم من اخذ في البلد او الاسقالبة فهو قاطع طريق وعن ابي يوسف انه اذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث لانه محارب بل مجاهرة بنهما اغلظ من مجاهرته في المنازة ولا تفصيل في النفس في مكان القطع وعن مالك كل من اخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب عنه لمحاربته الا على قدر ثلاثة اميال من العمران وتوقف احمد مرة واكثر اصحابه ان يكون بموضع لا يلحقه الغوث وعن ابي يوسف في رواية اخرى ان قصده بالسلاح نهارا في المصر فهو قاطع فان قصد غيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والحجارة لان السلاح لا يلبث فيتحقق القطع قبل الغوث والغوث يبطئ بالليالي فيتحقق بالسلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على قول ابي يوسف قالا كيف ونحن نقول ان قاطع الطريق يقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وما يقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث ولست تعلم ان الحد المذكور في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق وانما هو اسم من الناس وانما انيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وما ربجمع بهذا الدليل المذكور لا بعيد بعين مسيرة ثلاثة ايام بين المصر والقاطع ولا شك في ان ليس لحوق الغوث في

ومن حق يصار حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة القتل بالمثقل سنبين في باب الديات انشاء الله تعالى وان حق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيكفي شره بالقتل والله اعلم

ذلك المقدار ظاهرا وهو ما حمل به للظاهر واذا قلنا انهم ليسوا قطاعا فسبيلهم ان يضربوا ويحبسوا وان قتلوا لزم القصاص واحكامه وان اخذوا المال ضمنوه واذا تابوا سقط عنهم قطاع ان قتلوا قتلوا جميعا لان القتل عفو الاولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله لما بينا اي من قوله لظهور حق العبد عند انتفاء الجد قوله ومن حق رجلا حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه ان شاء الله تعالى في الديات وظاهر انها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى انها مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الالة فيها قصورا يوجب التردد في انه قصد قتله بهذا الفعل او قصد المبالغة في ايلامه واوخال القصور على نفسه فالتحق موته وعدم احتماله لذلك فان خنق غير مرة قتل الآن لانه ظهر قصده الى القتل بالتحقيق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم استمر لعتمده لانه صار ساعيا في الارض بالفساد وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل فروع نص في الاصل على ان العبد والمراة في حكم قطع الطريق كغيرهما اما العبد فظاهر واما المراة فكغيرها في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي لان الواجب قتل او قطع وهي كالرجل في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها ذكر الكرخي ان حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هي المحاربة والمراة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبي الا ترى ان في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوي بين الرجل والمراة فكذا في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة وليس يرد في هذا الحد ولم يحد الصبيان والمجانين لعدم الاهلية للعقوبة وذلك لا يوجد في النساء وذكر هشام في نوادره عن ابي يوسف رح اذا قطع قوم الطريق ومعهم امراة فباشرت المراة القتل واخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لا عليها وقال محمد يقام الحد عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة رح انه يدرء عنهم جميعا لكون المراة منهم وجعل المراة كالصبي والعجب ممن يذكر هذه اعني كون المراة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين فيها ويترك نقل ما في المبسوط من انها كالرجال منسوب الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه ووروده النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا ومن فعل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصفى التجنيس وغيرهما مع ضعف الاوجه المذكورة في التفرقة مثل الفرق بضعف البنية في اصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته اطلاق الكتاب في المحاربين ولا قوة الا بالله وما في النوازل من قول عشرة قطعوا الطريق فقتلوا واخذوا المال قتلوا وضمن المال بناء على غير الظاهر من انهن لسن بمحاربات وعلله بان المراة اذا قاتلت العبد واسرت لم تقتل وانما قتلن لقتلهن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وابو يوسف رح شرط مرتين كقوله في السرقة الصغرى وقيل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويوخذ بالمال وكان اقربه معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع او الاقرار فلو شهد احدهما بالمعاينة والآخر على اقرارهم به لا تقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على اب الشاهد وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى اصحابنا واخذوا اموالنا لا تقبل لانها شهدا لانفسهما ولو شهدوا انهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف لا يقيم الحد عليهم الا بحضرة من الخصم ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستامنين او في دار الاسلام في موضع غلب عليه اهل البغي ثم اتى بهم

كتاب السير

الى الامام لا يمضي عليهم الحد لانهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفي موضع لا يجري فيه حكمه فلا ينعقد فعلهم موجبا عليه الا فائته عليهم ولا يغفله ومثله تقدم في الزاني في دار الحرب ولو رفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمها الى اولياء القود فصالحوهم على الدية ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقم عليه الحد اما لتقادم العهد وفيه نظر او لعدم الخصم وقد سقط حصوله منهم بما فصل اليهم او لقضاء الاول فينبغي بذلك لنفاذه اذ هو في فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان واذا قضى القاضي عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب اجنبي فقتلهم لا شيء عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة الطرف ولو قتل قبل ان يقتله عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا يقضي القاضي بحل ذمته بهذه البينة بعد ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا ان يكون القاتل ولي الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا يقتص شيء لظهور انه استوفى حق نفسه ولو ان لصوصا اخذوا امتاع قوم فاستغاثوا بالقوم وخرجوا في طلبهم ان كانوا ارباب المتاع سلم اليهم حتى قتالهم وكذا اذا غلبوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم ان يقاتلوهم لان القتال لاسترداد للرد على ارباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شيء عليهم ثم قتلوه لاجل مالهم فان فر منهم الى موضع لو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لاجل مالهم ولو فر رجل سراقطاع فلحقوه وقد القى نفسه الى مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم اياه لا لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب السير

اور د الجهاد عقيب الحد ويعد ان ناسبها بوجهين باتحاد المقصود من كل منهما وان مضمون هذا الكتاب وهو اخلاء العالم عن الفساد ويكون كل منهما حسن لحسن غيره وذلك لغير وهو اعلاء كلمة الله تعالى تتاوى لفعل نفس المامور به وهو القتال وسبب تاخيره عنها لوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد اعظم كل فساد واقبحه والعادة في التعاليم الشروع فيها على وجه الترقي من الادنى الى ما هو اعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم ما يتعلق بالمسلمين اولى ولا يخفى ان له مناسبة خاصة بالعبادات فلذا اورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة مخصة بخلاف النكاح والسير جمع سيرة وهي فعلة بكسر الفاء من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة لا هيئة لجلسة وجرة وقد استعملت كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب في لسان اهل الشرع على الطريق الماسور بها في غزو الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو ايضا اعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهم دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم ان لم يقبلوا وفي غير كتب الفقه يقال كتاب المغازي وهو ايضا اعم لانه جمع مغزاة مصدرا سماعيا لغزى دالا على الوحدة فالقياس غزوا وغزوة للوحدة كضربة وهو قصد العدو للقتال خص في عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل الجهاد عظيم وكيف وحاصله بذل اعز المحبوبات وادخال اعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله وتقربا اليه تعالى بذلك واشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام ومجانبة اهويتها ولذا قال صلى الله عليه وسلم وقد رجع من غزاة رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا انه صلى الله عليه وسلم

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه

اخبره في الفضيلة عن الصلوة على وقتها في حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله اي الاعمال افضل قال الصلوة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله ولو استزدته لزادني رواه البخاري وقد جاء انه جعله افضل بعد الايمان في حديث ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم اي العمل افضل قال الايمان بالله ورسله قيل ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم ماذا قال حج مبرور متفق عليه وغيره وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما يحمل على ما يليق بحال السائل فاذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيئه له واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه افضل ممن ليس مثله في الجلادة والغناء وفيه نظر لان المذكور في الحديث السابق الصلوة على وقتها وتلك هي الفرائض وفي هذا الاخير دون ان المواظبة على اداء فرائض الصلوة واخذ النفس بها في اوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلوة على ميقاتها افضل من الجهاد لان هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك لان اقتراض الجهاد ليس الا الايمان واقامة الصلوة فكان مقصودا وما لغيره بخلاف الصلوة حسنة لعينها وهي المقصود منه على ما صرح به صلى الله عليه وسلم في حديث معاذ وفيه طول الى ان قال والذي نفس محمد بيده ما شجت معبولا اغبرت قدم في عمل يبتغي به درجات الآخرة بعد الصلوة المفروضة كجهاد في سبيل الله صححه الترمذي واذا لا شك في هذا عندنا وجب ان يعتبر كل من الصلوة والزكوة مراد بلفظ الايمان في حديث ابي هريرة ويكون من عموم المجاز او يرجح بزيادة فقه الراوي وهو ابن مسعود مرفوعا عضده من الاحاديث السالفة والحق انه ليس فيه معارضة لانه لم يذكر الصلوة فيه اصلا فانما فيه انه جعل الجهاد بعد الايمان وهو يصدق اذا كان بعد الصلوة وهي قبله بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود من الاحاديث في ذلك ما عن عمران بن حصين رضي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل في الصف في سبيل الله افضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة رواه الحاكم وقال على شرط البخاري وعن ابي هريرة قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله قال لا تستطيعونه فاعاد عليه مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر من صلوة ولا صيام حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن ابي هريرة عنه عرم من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيمة رواه البخاري ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه ليقصد دفعه لله تعالى والاحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رضي سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وان مات فيه اجري عليه عمله الذي كان يعمل واجري عليه رزقه وامن الفتان رواه مسلم وزاد الطبراني ولعث يوم القيمة شهيدا وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع ومن مات مرابطا امن الفزع الاكبر ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن ابي هريرة ولعثه الله يوم القيمة آمنا من الفزع وعن ابي امامة عنه صلى الله عليه وسلم قال ان صلوة المرابط تعدل خمسمائة صلوة ونفقته الدينار والدرهم منه افضل من سبعمائة دينار ينفقه في غيره هذا واختلف المشايخ في المحل الذي تحقق فيه الرباط فانه لا تحقق في كل مكان ففي النوازل ان يكون في موضع لا يكون وراءه اسلام لان ما دونه لو كان رباطا فكل المسلمين في بلادهم مرابطون وقال بعضهم اذا اغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع

قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة وارادبه فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو فساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام فان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عنه ذلك لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض عليهم

ويستحب رباطا الى اربعين سنة واذا اغار مرتين يكون رباطا الى مائة وعشرين سنة واذا اغار ثلث مرات يكون رباطا الى يوم قال في الفتاوى الكبرى والمختار هو الاول واعلم ان ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث عن معاذ بن انس عنه صلى الله عليه وسلم من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى منطوعا لا يأخذه سلطان لم ير النار بعينه الا تحلة القسم فان الله تعالى يقول وان منكم الا واردها رواه ابو يعلى وفيه مقال في المثابعات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت احاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة في سبيل الله ولنختم هذه المقدمة بحديث البخاري عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد في رواية وعبد القطيفة ان اعطي رضي وان لم يعط سخط تعس وتنكس واذا شيك فلا انتقش طوبى لعبد اخذ بعنان فرسه في سبيل الله اشعث راسه مغبرة قدماه ان كان في الحراسة وان كان في الساقة ان استاذن لم يؤذن وان شفع لم يشفع له قوله الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين وهذا واقع موقع تفسير فرض الكفاية اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم في سبيل الله وقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وبهذه ينتفي ما نقل عن الثوري وغيره انه ليس بفرض وان الامر به للندب وكذا كتب عليكم لقوله كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ونقل عن ابن عمر رضي الله عنه ما يوجب حمله ان صح على انه ليس بفرض عين فان قلت كيف تثبت الفرضية وهي عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا تثبت الفرضية والجواب ان المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنيا واما غيرهما فنقص النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك ان النص مقرون بالقيد وبغيرهم من بحيث يحارب كقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فافاد ان قتالنا اياهم جزاء قتالهم وسبب عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب والقتل وكان اهل مكة يفتنون المسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف في السير فامر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فالمقدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين وقد اكد هذا قوله صلى الله عليه وآله وسلم في بعض الروايات الصحيحة بحديث النهي عن قتل النساء حين رأى المقتولة وعلل بقوله ما كانت هذه تقاتل واما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيمة فدليل على وجوبه وانه لا ينسخ وهذا لان الخبر الواحد لا يفيد الا فرض العمل على ما عرف في الاصول اذ تأييد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث رواه ابو داود من حديث انس قال قال صلى الله عليه وسلم من حديث والجهاد ماض منذ بعثني الله الى ان يقاتل آخر امتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار رفيه يزيد ابن ابي نشبة من بني سليم لم يرو عنه الا جعفر بن برقان وعن هذا والله اعلم قال المنذري هو في معنى المجهول ولا شك ان اجماع الامة ان الجهاد ماض الى يوم القيمة فلا تتصور نسخه بعد النبي صلى الله عليه وسلم وانه لا قائل ان تقاتل آخر الامة الدجال منتهى وجوب الجهاد واما كونه على الكفاية فلان المقصود منه ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل اعزاز الدين

وقتال الكفار وجب وان لم يريده والمحرمات

ودفع شر الكفار عن المسلمين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الباقين لحصول المقصود منه كصلوة الجنازة المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى انه فرض عين تمسكا بعين الادلة المذكورة ولا شك في رجحان الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالى لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير اولى الضرر والمجاهدون الآية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين اجرا عظيما ولانه لو كان فرض عين لاشتغل الناس كلهم به فتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والمجلب بالتجارة ويستلزم قطع مادة الجهاد من الاكراع يعني الخيل والسلاح والاقوات فيؤدي الجابه على الكل الى تركه فيلزم ان يجب على الكفاية ولا يخفى ان لزوم ما ذكر انما يثبت اذا لزم في كونه فرض عين ان يخرج الكل من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد ان يخرج ففي مرة طائفة وفي مرة طائفة اخرى وهكذا وبهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه في ذلك نص لا يستوى القاعدون ثم هذا اذا كان النفير عاما فان كان بان هجموا على بلدة من بلاد المسلمين فيصير من فروض الاعيان سواء كان المستنفر عدلا او فاسقا فيجب على جميع اهل تلك البلدة النفر وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن ممن يقرب كفاية اذ لكل سلوا وهلموا وهكذا الى ان يجب على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا كجهاز الميت والصلوة عليه يجب اولا على اهل محلته فان لم يفوا لعجز او جب على من يليهم على ما ذكرنا هكذا ذكره او كان سعاد اذا دام الحرب بقدر الفصل الا بعدون وبلغهم الخبر والا فتوكيف لا يطاق بخلاف النفاذ الامير وجوبه على الكل بحجة من اهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب ان لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس ولكنا سلمنا ان قعود السلطان لمنعه واستدل على ذلك بقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا قيل المراد به ركبانا ومشاة وقيل شبابا وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل اغنياء وفقراء ويمكن ان يقال قول اخر وهي كل من هذه اي انفروا مع كل حال من هذه الاحوال وحاصله انه لم يعذر احد لغا فاد العينية وقيد بالجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعينها العينية بل الحق ان هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها لا افادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة واما العينية في النفير العام فالاجماع لانه من احاد المسلمين هذا المفهوم هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد رحمه الله الجهاد واجب وانهم في سعة من تركه حتى يحتاج اليهم قال قائل هذا الكلام يعني قوله واجب وانهم في سعة من تركه اشار الى الوجوب على الكفاية فانه لا يكون من ايمان ترك الكل الا لم يكن واجبا فهو ترك البعض واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم يفيد العينية اذ صار الحاصل لانه واجب يسع البعض تركه الا ان يحتاج اليهم فلا بد ولا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف واما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي ان يخرج لتكثير السواد فان فيه ارهابا ونفيرا ونفيرا اذا خرجوا قوله وقتال الكفار الذين لم يسلموا وهم من مشركي العرب اولم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم واجب ان لم يبدؤا بالان الادلة الموجبة لم تفد الوجوب بيد انهم وبه امنى قولهم للعمومات لاعموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل واحد فقط فان اطلاق العمومات في يدهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثوري والزيدية الخاص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء ولقد استبعد ما عن الثوري وتمسكه لقوله تعالى فان قاتلوهم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه نسخه وصريح قوله في الصحيحين وغيرهما امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث يوجب ان يبدأهم وبه اقول وفي تأمل وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشرين من ذي القعدة الى اخر المحرم

ولا يجب الجهاد على الصبي لان الصبي مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع اليدين او الرجلين فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع فتخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الخيل ما دام للمسلمين في الا نه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوى بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى لقوله ان النبي عليه السلام اخذ درعا من صفوان وعمر رض كان يغزي الاعزب عن ذي الخيلة ويعطي الشماخ فرس القاعد

او الى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة في الاشهر الحرم لقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على التعميم في الزمان ولا شك انه اكثر في الاستعمال قوله ولا يجب الجهاد على صبي الخ الوجه الظاهر ان يقال لانه غير مكلف وفي الصبيان عن ابن عمر عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث ولا عبد لان المولى اقدم حق المولى والزوج باذن العبد الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا الكلام ان حق السيد والزوج حق متعينين باذن العبد على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لزم اطلاق فعله لهما وطلاقه ليستلزم اطلاق ترك حق المولى الزوج فلو تعلق بهم لزمه البطلان حق جعل العبد متعينا لحق لم يجعله متعينا عليه وهذا اللازم باطل فالمتعلق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقدير يكونون مخصوصين من العمومات الدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لان جمعهم تظهر في حق فروض الاعيان نعم لو امر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب ان يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لان طاعتهما المفروضة عليها في غير ما فيه المخاطرة بالروح وانما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والفرض انتفاؤه عنهم قبل نفير العام وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد واحد الابوين كره لان طاعة كل منهما فرض عليه والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا ويدل على ان في خصوصه احاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو رض جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستاذنه فقال احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقد مناه من صحيح مسلم حديث ابن مسعود وقدم فيه ابو الدين على الجهاد وفي سنن ابي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص رض جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت ابايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما ابكيتهما وفيه عن الخدري ان رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك احد باليمن قال ابواي قال اذنا لك قال لا قال فارجع فاستاذنهما فان اذنا لك فجاهد والا فبرهما وانما الاعمى والاقطع فقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الاعرج قال في ديوان الادب قوله وكره الخيل يريد بالخيل هنا ان يكلف الامام للناس بان يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد ما دام للمسلمين في وهو المال الماخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية واما الماخوذ بقتال فسيجيء غنيمة لانه لا ضرورة عليه مال بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا وجوب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه والوجه الآخر وهو ان يجعل شبه الاجرة وحقيقة الاجرة على الطاعة حرام فلهذا كرهه يوجبا على الغازي وعلى الامام كراهة تنزيه في الكره وحقيقة التجمل بالخيل للانسان في مقابلة شيء لغيره وانما يتقضى النظر ان النفقة يجب في مال الكفار لانه ما يوجف عليه بالخيل والركاب من المال الذي يكون للجيش ان وجب تجهيزهم من بيت المال على الامام فهو الذي لم يقدروا على الجهاد فاضلا عن حاجتهم وعيالهم ان كانوا ممن يطيق استحقاقهم من بيت المال بعد ان يكون في ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقاتلة اما اذا لم يكن في بيت المال شيء لا يكره ان يكلف الامام الناس ذلك على الجهة عدل لان به دفع الضرر الاعلى وهو تعدي شر الكفار الى المسلمين بالحاق الضرر الادنى واستانس لهذا بانه صلى الله عليه وسلم اخذ درع صفوان بن امية وبان عمر رض كان يغزي الاعراب عن ذي الخيلة ويعطي الشماخ فرس القاعد اما قصة صفوان فلا شك ان النبي صلى الله عليه وسلم ارسل يطلب منه

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رض ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام فان اجابوا قبل منهم وكف عنهم لحصول المقصود وقد قال صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية بامر رسول الله عليه السلام امراء الجيوش كذلك لما بينا انه به القتال على ما نطق به النص وهذا وحق من يقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لانه لا فائدة في عرضها على هؤلاء الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بدلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رض انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول كذا المراد بالاعطاء المذكور في القرآن والله اعلم وليس لهم ان يقاتلوا من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله وكفهم بالدعوة يعلمون انا ما قاتلناهم على الدين على سبيل الاموال سبي الذراري وقتلهم محبوبون فتلقى مؤنة القتال قولوا تلهم قبل الدعوة غير لائق بهذه الغزاة لعدم الغاصم وهو الدين واما حراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان وليس لهم ان يدعوهم بلغته الدعوة مبالغة فان الاذان وكيفما كان فانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون وعند الى اسامة رض ان يقيم حتى اتبين صباحا لئلا يحرق والغارة لا يكون بدعوة

او رأى عند خروجه الى حنين فمضى سيرة ابن اسحق اربع ليال ودرع وكان صفوان اذ ذاك على شركه فانه كان طالب من النبي صلى الله عليه وسلم ان يسير شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك اربعة اشهر ثم عرض الخروج من مكة الى حنين فارسل يطلب ذلك فقال يا محمد اغصبا قال لا بل عارية مضمونة فبعثها ثم استحملها فاحملها على مائتي بعير وفي مسند احمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي عليه السلام ان يضمنها فقال لا انا اليوم في الاسلام ارغب وهذا لا يطابق نفس المدعى وهو تكليف الامام المسلمين بان يعينوا الخارجين ولا يفيد ذلك الا بالالتزام فان ما يفعله الامام في المتكلم فيه لا يأخذه على ان يضمنه لهم من بيت المال نعم فيه ان عند الحاجة يتوسل الى الجهاز اذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعارة من اهل الذمة بشرط الضمان لهم واما عن عمر رض فظاهر فيه لان معنى تعريته عنه ليس الا لانه يأخذ الجهاز منه والا فهو غاز عن نفسه وان اعطاه من بيت المال واما قول البعض لشاخص من القافلة فصريح فيه والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي باسناده عن عمر رض انه كان يغزي الاغرب عن ذي الحليفة وليس فيه امر الفرس وروى ابن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن عاصم عن ابي مجلد قال كان عمر يغزي الغرب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه للساقة

باب كيفية القتال لما ذكر ان القتال لازم فلا بد ان يفعله وفعله على حد محدود شرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال واذا دخل المسلمون دار الحرب يصح ان يكون عطفا على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وان يكون واو الاستيناف فحاصروا مدينة وهي البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان اقام به او حصنا وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل الى ما في جوفه دعوهم الى الاسلام فان لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لانه صلى الله عليه وسلم امر بذلك امراء الاجناد فمن ذلك ما اخرج الجماعة الا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن ابيه والفاظ بعضهم تزيد على بعض وتخالف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا امر اميرا على جيش او سرية اوصاه في خاصته بتقوى الله وبمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى خصال ثلاث او خلال فايتهن ما اجابوا اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان ابوا ان يتحولوا منها فاخبرهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم ابوا فاسألهم الجزية فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله وقاتلهم واذا حاصرت اهل حصن فارادوك ان تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة اصحابك فانكم ان تخفروا ذممكم وذمة اصحابكم خير من ان تخفروا ذمة الله وذمة نبيه واذا حاصرت اهل حصن فارادوك ان تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فانك لا تدري اصبت حكم الله فيهم ام لا ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم وفي الاحاديث في ذلك كثرة وفي نفس هذا الحكم شهرة واجماع ولان بالدعوة يعلمون انا ما قاتلناهم على اخذ اموالهم وسبي عيالهم فربما يجيبون الى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام واما حديث ابن عباس رض المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن

قال فان ابوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور وتنصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا انهارهم وعصرهم كان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

ابن ابي نجيح عن ابيه عن ابن عباس قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم رواه الحاكم وصحح قوله ولو قاتلهم قبل الدعوة اثموا ولكن لا غرامة بما اتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لانتفاء العاصم وهو الاسلام والاحراز بدار الحرب وفي المحيط بلوغ الدعوة حقيقة او حكما بان استفاض شرفا وعزبا انهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقيم ظهورها مقامها انتهى ولا شك في ان بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب ان الدار عليه لمن ان هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب لما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عوف كتبت الى نافع اسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك اول الاسلام قد اغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحارث حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش وروى ابو داود وغيره عن اسامة بن زيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال اغر على ابنى صباح وحرقوا الغارة لا يكون مع دعوة وابنى لوزان جبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال بنى بيار مضمومة آخره الحروف وقيل اسم قبيلة واما الاستحباب فلان التكرار قد يجرى المقصود فينعدم الضرر الاعلى وقيد بهذا الاستحباب بان لا يتضمن ضررا بان يعلم بانهم بالدعوة يستعدون او يتحيلون او يتحصنون في غلبة الظن في ذلك بما يظهر من احوالهم كالعلم بل هو المراد واذ حقيقته تتعذر الوقوف عليها فان اجاب المدعو وغيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله غاية الامر بالقتال حيث قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فان امتنعوا وهو بهم الى اداء الجزية بذا امر عم امراء الاجناد وقد ذكرناه من حديث بريدة ولا آخر ما انتهى اليه القتال كما نطق به النص قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وبهذا ان لم يكونوا مرتدين ولا مشركي العرب فان هؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف على ما يتضح فان بذلوها اى قبلوها وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور في القرآن بالاجماع وقد قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والاحاديث في هذا كثيرة بل هو من الضروريات يعني حديث علي رواه الشافعي في مسنده اخبرنا محمد بن الحسن الشيباني انبأنا قيس بن الربيع الاسدي عن ابان بن ثعلب عن الحسين بن ميمون عن ابي الجنوب قال قال علي من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا ودينه كديتنا ضعف الدارقطني ابا الجنوب قوله فان ابوا استعانوا عليهم بالله وحاربوهم لقوله عم في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم فتقدم الحديث لطوله والكلام عليه والمدمر المهلك فيستعان بالله في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف على ما في الترمذي مفصلا فانه قال قال قتيبة حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد ان النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف قلت لوكيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمرو ابن هارون ورواه ابو داود في المراسيل عن مكحول مرسلا وكذا رواه ابن سعد في الطبقات وزاد اربعين يوما وذكره الواقدي في المغازي وذكر ان الذي اشار به سلمان الفارسي وحرقهم لانه عم احرق البويرة على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر رض قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطعه وهي البويرة

ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتبار ذلك لاتسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاساري لم يلتفتوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا فقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوا منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقترن بالفرض بخلاف حالة التخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فمبني على اتلاف النفس فيمتنع حذر الضمان

اسم لفعل سيء ولما يقول حسان بن ثابت وبان على سراة بني لوى حريق بالبويرة مستطير ولان المقصود كبت احداء العدو وكسر شوكتهم وذلك بتحصيل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الاشجار وافساد الزرع هذا اذا لم يغلب على الظن انهم اخذون بغير ذلك فان كان ظاهرا انهم مغلوبون ان فتح ما ذكره ذلك لانه افساد في غير محل الحاجة وما يجيء الا لما قوله ولا بأس برميهم وان كان فيهم اسير او تاجر ولو ترسوا باساري المسلمين وصبيانهم سواء علم انهم ان كفوا عن رميهم انهزم المسلمون او لم يعلموا ذلك الا انه لا يقصد برميهم الا الكفار فان اصيب احد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الائمة الثلاثة لا يجوز رميهم في صورة التترس الا اذا كان في الكف عن رميهم في هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن ابن زياد فان رموا واصيب احد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة وعند الشافعي فيه الكفارة قولا واحدا وفي الدية قولان وقال ابو اسحق ان قصده لعينه لزمه الدية علمه مسلما او لم يعلم لقوله عز ذكره ليس في السلام دم مفرج وان لم يقصده لعينه بل رمى الى الصف فاصيب فلا دية عليه واما الاول فلان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاساري لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم اولى لان مفسدة قتل المسلم فوق مفسدة قتل الكافر وجه الاطلاق ان امر القتال لهم مطلقا ولو اعتبر هذا المعنى انسد بابه لان حصنا ما او مدينة قلما تخلو عن اسير مسلم فلزم من اقتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة او حصن عادة ابدا اعتبار وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود اولادهم ونسائهم فانه يجوز اجماعا مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع غير ان الواجب ان لا يقصد بالرمي الا الكافر لان قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما اذا لم يفرض وهو ما اذا فتحت البلدة قال محمد اذا فتح الامام بلدة ومعلوم ان فيها مسلما او ذميا لا يحل قتل احد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم او الذمي الا انه قال ولو اخرج واحد من عرض الناس حل ان قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذا فصار في كون المسلم في الباقين شك بخلاف الحالة الاولى فان كون المسلم او الذمي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثاني ان فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم ان المصر احال وجه مسئلة التترس على وجهي مسئلة ما اذا كان فيهم اسير مسلم او تاجر وقد يقال ان سلم انه لا يخلو اهل حصن عن تاجر او اسير فاطلاق اقتراض القتال اهدارا لاعتباره ما لم فلا نسلم انه لا يخلو اهل حصن ان يترسوا بالمسلمين ليكون الاطلاق الاقتراض اهدار الحرمة الرمي فان المشاهدة نفته فوجب ان تقيد بما اذا لم يكن طريقا الى قتل المسلم غالبا واما قوله انه دفع الضرر العام بالحاق الضرر الخاص فقد يقال ان ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرم حل الرمي عند ذلك ولم يتقيد به واعلم ان المراد ان كل قتال مع الكفار وهو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام اي مجتمعهم ان لم يحصل فيه الضرر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تامل وبتقديره هو ضرر خفيف اشد منه قتل مسلم في غالب الظن وانما يكون الضرر العام مقصودا عاجلا اذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فان قيل المالم يلزم الدية اذا اصيب مسلم مع قوله عم ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر اصيب بانه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكر من قوله لان الفرض لا يقترن بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزره القاضي او حده انه لا دية فيه لان التقدير بذلك فرض عليه فلا تقيد بشرط السلامة والا امتنع عن الاقامة بخلاف المضطر حالة المخمصة لانه لا يمتنع عن الاكل مخافة الضمان لان في امتناعه هلاك نفسه والضمان اخف عليه من هلاكها فلا تمتنع اما الجهاد فمبني على اتلاف

قال ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرا عظيما ويرى عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يتخطفونها بما مناظلة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو ولو دخل مسلم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا لا يوفون بالعهد لأن الظاهر عدم التعرض والجائز يجوز في العسكر العظيم كما فارق في الليل ومن كالطفل والمرأة والمداواة فأما النساء فلاضطرارهن إلى البوادي للفتنة ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة ولا يستصحب الخناثى لهذه المعاني ولا يخرج فيما لا يؤمن كالأولاد دون الجواري ولا العبيد إلا بإذن مواليهم لأن في خروجهم تعريضا لأموالهم دون الجواري ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا إلا أن يهجم العدو على بلده للضرورة وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا للقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول

لنفسه فيمتنع مداراته واعلم أن المذهب عندنا في المضطر أنه لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح بشرط السلامة كالمرور في الطريق فلا حاجة إلى الفرق بينه وبين اعتراض الجهاد في نفي الضمان قوله ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرا عظيما يرى من عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف منهم لما قال المصنف وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو وهذا الحديث رواه الستة إلا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التأويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الإسلام عن أبي الحسن الكرخي والصدر الشهيد عن الطحاوي أن في ذلك إنما كان عند قلة المصاحف كيلا ينقطع عن أيدي الناس وأما اليوم فلا يكره إذ التأويل الصحيح ما ذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوي الحديث فإن أبا داود وابن ماجة زادا بعد قوله إلى أرض العدو وقال مالك أرى ذلك مخافة أن تناله العدو والحق أنهما من قول النبي صلى الله عليه وسلم على ما أخرجه مسلم وابن ماجة عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان ينهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله العدو وأخرجه مسلم عن أيوب السجستاني عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن فإني لا آمن أن تناله العدو وفي رواية لمسلم فإني أخاف فكذا حكم القرطبي والثوري أنهما من قول النبي صلى الله عليه وسلم وغلط من زعم أنهما من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعهما فوافق تأويله أو شك في سماعه إياهما وفي فتاوى قاضيخان قال الجصاص أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعة آلاف وفي المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى وكان المراد من شأنهم ذلك وإلا فقد لا يكمنون وكأنه مأخوذ من السري وهو السير ليلا فكان الأولى أن يقال بعد قوله لو من عليه ويكره إخراجه فيما ليس كذلك فإن الانتقال من العسكر العظيم إلى السرية ظفرة كبيرة ليست مناسبة والذي يؤمن عليه في توغله في دار الحرب ليس إلا العسكر العظيم وينبغي كونه اثني عشر ألفا لما روي أنه عم قال لن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة وهو أكثر ما روي فيه هذا باعتباره أحوط وهذا مذهبنا ومذهب الشافعي ومذهب مالك إطلاق المنع أخذا بإطلاق الحديث قال القرطبي لا فرق بين الجيش والسرية إلا قلة باطلاق النص وهو وإن كان تنال العدو له في الجيش العظيم نادرا فبقيامه وسقوطه ليس بنادر وإنما علمت أن العلة المنصوصة لما كانت مخافة تناله فيناط بها مظنتها فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه وذلك أن حمله لا يكون إلا ممن يخاف نسيان القرآن فيأخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه إليها كذلك ذكره في المحيط معزوا إلى السير الكبير فكتب الحديث أولى ثم الأولى في إخراج النساء العجائز للطبخ والمداواة والسقي دون الشواب ولا حاجة إلى الإباحة فالأولى إخراج الإماء دون الحرائر ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة وقد قالت أم سليم لرسول الله خيرا وأقرها عليه الصلوة والسلام حيث قال لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعني لبعض المنهزمين قوله ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا من تقدم حق الزوج والمولى إلا أن يهجم العدو على ما تقدم قوله وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا عليهم أن لا يغدروا أو يغلوا أو يمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد قوله لقوله عليه الصلوة والسلام لا تغلوا

ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان النبي للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم فلهذا لا يقتل يابس الشق والمفلوج اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان الرأي عنده الكفر والحجة عليه ما بيناه وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت

الخ تقدم في حديث بريدة وقوله عليه الصلوة والسلام ولا تمثلوا اي المثلة ليقال مثلت بالرجل بوزن ضربت اثقل به بوزن نصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه أطلقتا لغة ونحوه ذكره في الفائق وقول المصنف والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ في الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال فحدثني ابن سيرين ان ذلك قبل ان تنزل الحدود وفي لفظ للبيهقي قال انس رضا خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الا نهى فيها عن المثلة وقال ابو الفتح البصري في سيرته عن الناس عن ابي ذلك الى ان قال وليس فيها يعني الاية الحرابة اكثر مما يشعر به لفظة انما من الاقتصار في حد الحرابة على ما في الاية واما من زاد على الحرابة جنايات آخر كما فعل هؤلاء كما فعل ابن سعد في خبرهم انهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في سمله وعينه حتى مات فليس في الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في صحيح مسلم انما سمل النبي صلى الله عليه وسلم اعينهم لانهم سملوا اعين الرعاء ولو ان شخصا جنى على قوم جنايات في اعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التسوية الذي حصل له من المثلة وقال وذكر البغوي في سبب نزولها يعني اية الجزاء سببا اخر واذا اختلفت في سبب نزول الآية اقوال وتطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول ان المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم تنسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثله لا تحل الا انها منسوخة لم يشرع اولا لان ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي ولا شك ان قوله لا تمثلوا اعلى ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها اما ان يكون متأخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها او لا يدري فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان ورجح احدهما تعين الحكم بنسخ الاخر ورواية انس صريح فيه واما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بان قطع انف رجل واذني رجل وفقأ عيني اخر وقطع يدي اخر ورجلي اخر فلا شك انه يجب القصاص لكل واحد اذا لحقه لكنه يجب ان يستأني بكل قصاص بعد الذي قبله الى ان يبرأ منه وح ليصر هذا الرجل ممثلا به اي مثلة صنعنا لا قصدا وانما يظهر اثر النهي والنسخ فيمن مثل شخص حتى قتله فيقتضي النسخ ان يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى ان هذا بعد الظفر والنصر اما قبل ذلك فلا بأس به اذا وقع قتالا كمبارز ضرب فقطع اذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم يثنه فضرب فقطع انفه ويده ونحو ذلك **قوله ولا تقتلوا امرأة ولا صبيا** اخرج الستة الا النسائي عن ابن عمر ان امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان واخرج ابو داود عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا غنائمكم واصلحوا واحسنوا ان الله يحب المحسنين وفيه خالد بن الفزر قال ابن معين ليس بذلك واما معارضته بما اخرج ابو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الشيخ المشرك واستبقوا شرخهم فاضعف منه ثم على اصول كثيرة من الناس لا معارضة بل يجب ان يخص الشيوخ لغير القتال فان المذكور في ذلك لحديث الشيخ الفاني ليخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهرا ما اخرج الستة عن الصعب بن جثامة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم فقال عليه الصلوة والسلام

قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأى في الحرب او تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل كل قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتل المجنون الا انه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح

عم منهم وفي لفظ هم من آبائهم فيجب دفعا للمعارضة حملا على مورد السؤال وهم البيتون وذلك ان فيه ضرورة عدم العلم والقصد الى الاعم غالبا بانفسهم لان التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى في عرفنا بالكبسة وما الفن الا ان حرمة قتل النساء والصبيان اجماع فما لحديث الذي ذكره المصنف انه عليه الصلوة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه ابو داود والنسائي عن ابن الوليد الطيالسي عن عمر بن المرقع بن صيفي حدثني ابي عن جده رياح بن الربيع بن صيفي قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال امرأة قتيل فقال ما كانت هذه لتقاتل وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتل امرأة ولا عسيفا واخرجه النسائي ايضا وابن ماجة عن المغيرة بن عبد الرحمن عن ابي الزناد عن المرقع وكذا احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وفي لفظه فقال له ما كانت هذه تقاتل ثم قال وكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن ابي الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وبه كلمة زجر وبه الثابتة للسكت واذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة في قوله ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من انه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس اياه ويمنع قتل النساء والصبيان وايا بس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة لاحد والقتل به لا وهو المراد بقول المصنف والحجة عليه اي على الشافعي ما بيناه يعني من عدم قتل ما بس الشق لكن هذا الالزام على احد القولين لانه ذكر في شرح الوجيز وفي الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوع الايدي والارجل قولان في قول يجوز قتلهم وبه قال احمد في رواية لعموم اقتلوا المشركين وروي عنه عليه الصلوة والسلام اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم ولانهم كفار والكفر مبيح للقتل وفي قول لا يجوز وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد في رواية وذكرنا من الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني قال والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين في معناه وعن ابي بكر انه اوصى يزيد بن سفيان حين بعثه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ الخبر انتهى وانت تعلم ان قوله اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمي والنساء والصبيان فجاز تخصيص الشيخ الفاني ومن ذكر المصنف بالقياس لو لم يكن فيه خبر فكيف منهم ما سمعت بل ما قدمنا من ان النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما يرجع اليه واما حديث الشيوخ فتقدم انه ضعيف بالانقطاع عند هم فبالحجاج بن ارطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على اصولهم واما قول المصنف انه عليه الصلوة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري فالمراد بالذراري النساء من اسم السبب في المسبب قال في العنايتين وفي الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا اي امرأة ولا اجيرا ثم المراد بالشيخ الفاني الذي لا يقتل من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره في الذخيرة وزاد الشيخ ابو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي انه اذا كان كامل العقل يقتله ومثله يقتل اذا ارتد والذي لا يقتله الشيخ الفاني الذي خرف وزاد عن حد ذهاب العقل والتمييز فهذا حكمه يكون بمنزلة المجنون فلا يقتله ولا اذا ارتد قال واما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم اذا رأى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد ان يكونوا عقلاء ويقتلهم ايضا اذا ارتدوا انتهى ولا تقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ويقتل اقطع اليد اليسرى او احدى الرجلين وان لم يقاتل قوله الا ان يكون احد هؤلاء استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف في هذا الا ما صح امره عليه الصلوة والسلام بقتل زيد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما او اكثر فقد عمي الماجي به في جيش هوازن الى

من

الزمنى

مجانين

ولو قاتل رجل أباه من المشركين يستحق قتله اتفاقا وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياءه بالانفاق فينا فضلا عن الاطلاق في افنائه فان ادركه الابن حين يقتل غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير افتياته على الامام وان قصده الاب قتله حيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لان ماله مصروف الى ورثته لا اليه ولهذا لو قتل ابنه لا يقتل به بل يقتل بابنه هذا ما ذكره

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يسالم اهل الحرب وفريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله وداع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خير المسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل

قوله لكن لا يقتل من قاتل من كل من قتلنا انه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة الا ان الصبي والمجنون يقتلان في حال قتالهما اما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم لا يقتلون اذا قاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل وان لم تقاتل وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك لان في قتل الملك كسر شوكتهم وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا اهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا اقتلوا كالقسيس والذي يحبس ويضيق عليه يقتل في حال افاقته وان لم يقاتل قوله ويكره ان يبدي الرجل اباه من المشركين او جده وامه اذا قاتلت او جدته بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين وهما مشركين لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم الآية ولانه يجب عليه الانفاق لاحيائه فينا فضلا عن الاطلاق في افنائه فان ادرك الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله امتنع الابن عن قتله لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح قتل اباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره للاب قتل ابنه المشرك وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال مباح قتلهم ولا ما قضته لان نفقة ذوي الارحام عندنا لا تجب للمسلمين منهم بخلاف القرابات البغاة يكره ان تتيمد يهم كالاب وامامي الرجم اذا كان الابن احد الشهود فيبتدي بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلا بحصاة

باب الموادعة ومن يجوز امانه

الموادعة المسالمة وهو جهاد معنى لا صورة فاخرجه عن الجهاد صورة ومعنى وما قيل لانه ترك الجهاد وترك الشيء يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل تحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم يوجد منه اصلا ويثاب على ذلك وهو مكلف بتركها في جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال

قوله واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم بمال او بلا مال وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله الآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها بروية مصلحة المسلمين في ذلك لآية اخرى هي قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون فانما اذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفي السلم بكسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ومنه قوله تعالى والقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول انها اما منسوخة ان كانت الثانية بعدها اي نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة والمعارضة في حالة تعذر وجود المصلحة ان لم نعلم ترجح مقتضى المنع اعني آية فلا تهنوا كما هو القواعد في تقديم المحرم واما حديث موادعته عليه الصلوة والسلام اهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بان الصحيح عند اصحاب المغازي انها سنتان كذا ذكره معمر بن سليمان عن ابيه وليس بلازم لان الحاصل ان اهل النقل مختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى بن عقبة انها كانت سنتين اخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ثم قال البيهقي وقولها سنتين يريدان بقاءه سنتين الى ان نقض المشركون عهدهم وخرج النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة واما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فيمتنع ان يكون المحفوظ ما رواه

ولا يقدر الحر على المدة المرية لتعذر المعهد الى مراده عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم ولم يوقت ولا ذكر نقض الصلح نفع نبذ اليهم الامام فانهم لانه عليه السلام ابتدأ الموادعة التي كانت بينه وبين هرقل ومن المصلحة لما بينا ان كان النبذ جهادا وابقاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في الحرب وفاء لا غدر ولا بد من اشعار يبلغهم فاخبر النبذ الى جمعهم ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من نفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك يتحقق العذر قال وان بدا لهم فقاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك بانتقاضهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون نقضا للعهد فيما كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه بانتقاضهم معنا.

محمد بن اسحق وهو عشر سنين انتهى وما ذكره عن ابن اسحق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير ان تتعقبه ورواه ابو داود من حديث محمد بن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم انهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض وعلى ان بيننا عيبة مكفوفة وانه لا اسلال ولا اغلال ورواه احمد في مسنده مطولا بلفظه الفتح حدثنا يزيد بن هارون انبأنا ابن اسحق فساقه الى ان قال على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم بعضا وكذا رواه الواقدي في المغازي حدثني ابن ابي شبرمة عن اسحق بن عبد الله بن ابي فروة عن واقد بن عمر فذكر قصة الحديبية انتهى ان قال على وضع الحرب عشر سنين الخ والوجه الذي ذكره البيهقي وحسن به تنتفي المعارضة فيجب اعتباره فان الكل اتفقوا على ان سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث اعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في مدة الصلح فرفع الخلاف ظاهرا بان مراد من قال سنتين ان بقاءه سنتين ومن قال عشرا قال انه عقده عشرا كما رواه كذلك فانه لا تنافي بينهما ج والله سبحانه اعلم قوله ولا تقصر الحكم وهو جواز الموادعة على المدة المذكورة وهو عشر سنين لتعدي المعنى الذي علل جوازها وهو حاجة المسلمين او ثبوت مصلحتهم فانه قد يكون بالكف بخلاف ما اذا لم تكن الموادعة او المدة لمساواة خير المسلمين فانه لا يجوز لانه ترك للجهاد صورة ومعنى وبالصلح الاباحة بارادة جهاد ولذلك انما تتحقق اذا كان خيرا للمسلمين والا فهو ترك للمأمور به وبهذا اندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه اكثر من عشر سنين وان كان الامام غير مستظهر وهو قول الشافعي ولقد كان في صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما تقاربوا وانكشفت محاسن الاسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلون انها من المسلمين لما قاربوهم وخالطوهم قوله وان صالحهم مدة ثم رأى ان نقض الصلح ونبذ اليهم اي القى اليهم عهدهم وذلك بان يعلمهم انه رجع عما وقع قال تعالى وامان تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء بينكم وبينهم في العلم بذلك لكن ظاهر الآية انه مقيد بخوف الخيانة وهو مشكل ان علمتم فيهم خيرا في الكتابة ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والاجماع على انه لا يتقيد بحضور الخوف لان المنافقة في الاول ما صحت الا لانها انفع فلما تبدل الحال عاد الى المنع ولا بد من النبذ تحرزا عن العذر وهو محرم بالعمومات نحو ما صح في البخاري عنه عليه الصلوة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص اربع خصال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب واذا وعد اخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر ورمى ابو داود والترمذي وصححه كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس او برذون وهو يقول الله اكبر الله اكبر وفاء لا غدر فنظروا فاذا هو عمرو بن عنبسة فارسل اليه معاوية فسأله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقدة ولا يحلها حتى ينقضي امدها او ينبذ اليهم على سواء فرجع معاوية بالناس رواه احمد وابن حبان وابن ابي شيبة وغيرهم واما ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلوة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف في كتب الحديث الا من قول عمرو بن عنبسة هذا وما استدلاله بابا صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة فالحق انه جعل فيما بقي من قوله وان بدا لهم نبذ اليهم اذا كان انتقاضهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه وكذا اذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون ويسترقون هم ومن معه من الذراري الا ان يكون باذن ملكهم فيكون نقضا في حق الكل ولو لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا لا في حقهم ولا في حق غيرهم وانما قلنا هذا لانه عهد الى اهل مكة بل هم بدوا بالغدر

وان رأى الامام مواد عتهم اهل الحرب ان يأخذ على ذلك مالا فلا باس به لان ما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم يترك لهم بيعا وكنائسهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذ المال فهو غنيمة يخمس او تقسم الباقي بينهم لانه مأخوذ بالقهر وحينئذ واما المرتدون فيراد عهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام يرجى منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا تأخذ اعدية لانه يشبه اخذ الجزية منهم لما بينا ولو اخذ لم يرده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعل الامام ما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن

قبل مضي المدة فقاتلهم ولم ينبذ اليهم بل سأل السدان يعني عليهم حتى يعلمهم هذا هو المذكور في جميع اصحاب السير والمغازي ومن تلقى التلقت وردوا بها كما في حديث ابن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان في صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم انه من شاء ان يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فيه ودخلت خزاعة في عقده رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في المهدنة نحوا من السبعة والثمانية عشر شهرا ثم ان بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وبيته خدعا خزاعة الذين دخلوا في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة وقالت قريش هذا الليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا احد فاعانوا بنو بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يخبر الخبر فلما قدم عليه انشده وهو لا هم انى ناشد محمدا حلف ابينا وابيه الاتلدا ان قريشا اخلفوك الموعدا ونقضوا ميثاقك المؤكدا وهم بيتوني بالوتير هجدا فقتلونا ركعا وسجدا فانصرف رسول الله نصرا عتدا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم ثم امر الناس فتجهزوا وسأل الله ان يعمي على قريش خبرهم حتى يفاجئهم في بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وان ابا بكر قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم الم تكن بيننا وبينهم مدة قال الم يبلغك ما صنعوا بنى كعب ورواه الطبراني من حديث ميمونة ورواه ابن ابي شيبة مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن جماعة كثير في كتاب المغازي وفيه فقال ابو بكر يا رسول الله الم تكن بيننا وبينهم مدة فقال انهم غدروا ونقضوا العهد فاناخ بهم ثم في الهند لا يكفي مجرد اعلامهم بل لا بد من مضي مدة يتمكن بلكم بعد علمه بالنبذ من القاء الخبر الى اطراف مملكته ولا يجوز ان يغار على شيء من بلادهم قبل مضي تلك المدة **قوله** وان رأى الامام مواد عة اهل الحرب وان يأخذ المسلمون على ذلك مالا جاز لانه لما جاز بلا مال فبالمال وهو اكثر نفعا اولى الا ان هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل يعني قوله لانه ترك للجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز ان يكون اشارة الى قوله لانه يشبه الاجر يعني في مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضي ان الموادعة يجوز واخذ المال لهم لا يجوز اذا كان مال المسلمين كثيرا غير انهم ليسوا متاهبين للحرب لقلة العدد والحاضر لتفرق المقاتلة في البلاد ونحوه وهو بعيد لان ذلك كله جهاد وفي اخذ اموالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فاخذه لهذا المعنى من الجهاد ولا اجرة على الترك باعتباره ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية وان كان قبل النزول بساحتهم بل برسول اما اذا نزلنا لهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي لانه ماخوذ منهم قهرا معنى واما المرتدون فلا باس بموادعتهم ومعلوم ان ذلك اذا غلبوا على بلدة وصار دارهم دار الحرب والا فلا لان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولهذا قيده الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير باذكرنا قال يدل عليه وضع المسئلة في مختصر الكرخي لقوله غلب المرتدون على دار من دور الاسلام فلا باس بموادعتهم عند الخوف فلو اداهم على المال لا يجوز لانه في معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية وقوله لما بينا يعني في باب الجزية ومع هذا الواخذه لا يرده عليهم لان ما لهم في للمسلمين اذا ظهروا بخلاف ما اذا اخذ من اهل البغي حيث يرد عليهم بعد ما وضعت الحرب اوزارها لانه ليس فيئا الا انه لا يرده حال الحرب لانه اعانة لهم **قوله** ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية اي النقيصة ومن ذلك قول عمر لابي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان متجافنا عن اصل اليس برسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابو بكر بلى قال اولسنا بالمسلمين قال بلى قال اوليسوا

ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجمل اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم

بالمشركين قال بلى قال فعلام نعطي الدنية في ديننا فقال له ابو بكر الزم غرزه فاني اشهد انه رسول الله فقال عمر وانا اشهد انه رسول الله وذكر ابن اسحق في السير وفي الحديث ليس لمؤمن ان يذل نفسه فالعزة خاصية الايمان قال الله تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين الا اذا خاف الايام الهلاك على نفسه والمسلمين فلا باس لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء في وقعة الخندق ارسل الى عيينة بن حصن والحرث بن عوف بن ابي حارثة المري وهما قائدا غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على ان يرجعا بمن معهما فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح فلما اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفعل بعث الى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك وشاورهما فيه فقالا له يا رسول الله امر تحبه فنصنعه ام شيء امرك الله به لا بد لنا من العمل به ام شيء تصنعه لنا قال بل شيء صنعته لكم والله ما اصنع ذلك الا لاني رايت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فاردت ان اكسر عنكم من شوكتهم الى امر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون ان ياكلوا منها ثمرة الا شراء او بيعا فحين اكرمنا الله بالاسلام وهدانا له واعزنا بك وبه نعطيهم اموالنا ولنا بهذا من حاجة والله بالعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فانت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد بن اسحق حدثني به عاصم بن عمر بن قتادة ومن لا اتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري وعلل المصنف بقوله لان رفع الهلاك واجب باي طريق يمكن وهو تساهل فانه لا يجب رفع الهلاك باجراء كلمة الكفر ولا يقتل غيره لو اكره عليه يقتل نفسه بل يصير للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصلح ان يرد اليهم من جاء مسلما منهم لبطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد اليهم من جاء مسلما منهم وهو قول مالك وقال الشافعي يجب الوفاء به في الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في الحديبية حتى جاء ابو جندل بن عمرو بن سهيل وقد كان اسلم فرده فصار ينادي يا معشر المسلمين اترد الى المشركين يفتنوني عن ديني فقال له عليه الصلوة والسلام اصبر يا ابا جندل واحتسب فان الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا وكذا روي ابو بصير واما لو شرط مثله في النساء لا يجوز رددهن ولا شك في انفساخ نكاحهن فلو طلب وجاء الحربي المهر هل يعطاه للشافعي فيه قولان في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك واحمد وفي قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار وهذا هو دليل النسخ في حق الرجال ايضا اذ لا فرق بين الرجال والنساء في ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم اكثر وحين شرع ذلك كان في قوم من اسلم منهم لا يأبا لغون في تعذيبه فان كل قبيلة لا تعرض لمن فعل ذلك من قبيلة اخرى انما يتولى رده عشيرته وهم لا يبلغون فيه اكثر من القيد والسب والاهانة وقد كان بمكة بعد هجرة النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل ابي بصير وابي جندل ابن سهيل بن عمرو الى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والامر على خلاف ذلك قوله ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب اذا حضروا استامين ولا تحمل اليهم مع التجار الى دار الحرب لانه عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني من حديث نجيح بن كثير السقا عن عبيد الله القيسي عن ابي زجار عن عمران بن الحصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي الصواب انه موقوف اخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد بن مصعب القرقساني وقد اختلف فيه ضعفه ابن معين وقال ابن عدي هو عندي لا باس به

ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك ولكن الاكراع لما بينا ولكن الحديد لانه اصل السلاح ولكن البعد للمواعدة لانها على شرف النقض او الانتقاض فكانوا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فان عليه السلام امر بثمامة ان يميرا اهل مكة وهم حرب عليه

ونقل عن احمد بخلاف ذلك قال المصنف ولان فيه اي في نقل السلاح وتجهيزه اليهم تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع اي الخيل لا فرق في ذلك ما قبل المواعدة وما بعدها لانها على شرف الانقضاء او النقض قال وهو القياس في الطعام اي القياس في الطعام ان يمنع من حمله الى دار الحرب لان به التقوي على كل شيء والمقصود اضعافهم الا انا عرفناه اي نقل الطعام اليهم بالنص يعني حديث تمامه وحديث اسامة رواه البيهقي من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبري عن ابي هريرة فذكر قصة اسلام تمامه وفي آخره قوله لاهل مكة حين قالوا له صبوت فقال اني والله ما صبوت ولكني اسلمت وصدقت محمدا وامنت به وايم الله الذي نفس تمامة بيده لا ياتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى ياذن فيها محمد وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئلونه بارحامهم ان يكتب الى ثمامة يحمل اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام في آخر السيرة وذكر انهم قالوا له صبات فقال لا ولكني اتبعت خير الدينين دين محمد والله لا تصل اليكم حبة من اليمامة حتى ياذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تامر بصلة الرحم وانك قد قطعت ارحامنا فكتب عليه الصلوة والسلام اليه ان يخلي بينهم وبين الحمل واما بيع الحديد والسلاح فمنعه لهم لانه اصل السلاح وهو ظاهر الرواية قال الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير الى انه لا يكره حيث قال وهذا في السلاح واما فيما لا تقاتل به لا بصيغته فلا باس ببيع كما كره بنا بيع المزامير والبرابط بيع الخمر ولم نر بيع العنب ياسا ولا بيع الخشب وما اشبه ذلك وقال الفقيه ابو الليث في شرحه وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بآلة للمعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمرا فاما ههنا فالسلاح آلة للفتنة في الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل باشارة هذا يعلم ان بيع الحديد منهم لا يكره **فروع من المبسوط** طلب ملك منهم الذمة على ان يترك ان يحكم في اهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الاسلام لا يجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذمي من يلتزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان لارض فيها قوم من اهل مملكتهم عبيد يبيع منهم ما شاء فصاروا ذمة فهم عبيد له كما كانوا لا بهيم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام في الاحراز ولو اسلم كانوا عبيدة فكذا اذا صاروا ذمة وهذا لانه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد زالت وكما زالت بعقد الذمة فان ظفر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم على الملك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر اموال اهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن اهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين وكذا لو اسلم الملك واهل ارضه او اسلموا هم دونهم عبيدة ولو اوا دعوا على ان يودي كل سنة شيئا معلوما وعلى ان لا يجري عليهم في بلادهم احكام المسلمين لا يفعل ذلك الا ان يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه المواعدة لا يلتزمون احكام الاسلام ولا يخرجون من ان يكونوا اهل حرب وترك القتال مع اهل الحرب لا يجوز الا ان يكون خيرا للمسلمين ثم اذا فعل ذلك ان كان بعد ما احاط بهم الجيش او قبله برسول تقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على ان يودوا اليهم كل سنة مائة راس من انفسهم واولادهم لم يصح لان هذا الصلح وقع على اجماعهم وكانوا كلهم مستامنين فاسترقاق المستامنين لا يجوز الا ان احدهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فكذلك لا يجوز تمليك شيء من نفوسهم واولادهم بحكم تلك المواعدة لان حرية نفسه تاكدت بخلاف ما لو صالحوهم على مائة راس باعيانهم اول السنة وقالوا

فصل إذا أمن رجل حربيا أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم لو كان لا حد من المسلمين قتالهم لأن الأصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أي قليلهم وهو الواحد لأنه من أهل القتال فيخافونه إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لما قاله ثم يتعدى إلى غيره ولأن سببه لا يتجزى وهو الإيمان لأن الأمان لا يتجزى فيكامل كولاية الإنكاح **قال** لأن يكون في ذلك مفسدة فينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام بنفسه تتوقى المصلحة في النبذ وقد بيناه لو حاصرهم الإمام حصنا وأمن واحدا من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الإمام الأمان لما بينا ويبدأ بالإمام فيأتيه على رأيه بخلاف ما إذا كان في نظر لأنه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان مرخصا وأدناه لا يجوز فكان مهددا لأنه منهم فهم كذا لا ولاية له على المسلمين **قال** ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيتعرى الأمان عن المصلحة ولأنهم كما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح لنا باب الفتح

امنونا على أن هو لاء لكم وقضا لحكم ثلاث سنين مستقبلة على أن نعطيكم كل سنة مائة رأس من قبقنا فانه جائز لان المعينين في سنة الاولى لا تتنا ولهم الموادعة ومنها يثبت الامان لهم فاذا جعلهم مستثنى من الموادعة بجعلهم اياهم عونا للمسلمين صاروا مما لبك المسلمين بالموادعة والشرط في السنين الكائنة بعد الموادعة ارتفاقا فجاز ولو سرق مسلم متاعا من مالهم بعد الموادعة لا يحل شراءه منه لان مال المستامن لا يملك بالسرقة لانه عقد فلا يصح شراءه منه ولو اغار قوم من اهل الحرب على اهل الصلح جاز ان يشتري منهم ما اخذوه من اموالهم لانهم ملكوها بالاحراز لكمال المسلمين ثم لا يلزم رد شيء من ذلك عليهم ولا بالثمن لانهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم اهل حرب اذ لم ينقادوا الى حكم الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بقهرهم ولو دخل بعضهم دار حرب اخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لانه في امان المسلمين

فصل في الامان وهو نوع من الموادعة في التحقيق **قوله** واذا أمن رجل حرا وامرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم على اسناد المصدر الى المفعول ولم يجز لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام المسلمون تتكافؤ دماؤهم أي لا يزيد دية الشريف على دية الوضيع ويسعى بذمتهم أدناهم أخرج أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى يرد عليهم أقصاهم أي يرد الابعد منهم التبعة عليهم وذلك ان العسكر اذا دخل دار الحرب فانقطع الامام منهم سراياه ووجهها للاغارة فما غنيمة جعل لها ما سمى ويرد ما بقي لاهل العسكر لان بهم قدرت السرايا على التوغل في دار الحرب واخذ المال وما قوله وهم يد الى آخره اي كأنهم آلة واحدة مع تشعب اهوائهم من الملك كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليه لكن رواه ابن ماجة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويجبر عليهم أقصاهم وهم يد الحديث فيفسر الرد في ذلك الحديث بالاجازة فالمعنى يرد الاجازة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا والمقصود من هذا الحديث محل الدية وهو في الصحيحين عن علي قال ما كتبنا عن النبي صلى الله عليه وسلم الا القرآن وما في هذه الصحيفة قال عليه الصلوة والسلام المدينة حرم فمن احدث فيها حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيمة صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم فمن اخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيمة صرفا ولا عدلا واخرج البخاري ايضا من حديث انس ومسلم من حديث ابي هريرة ومن قال ان الشيخ علاء الدين وهم اذ اخرجه من حديث علي من جهة ابي داود والواقع ان الشيخين اخرجاه غلط فان ما في الصحيحين ليس فيه يسعى بذمتهم ادناهم ويرد عليهم اقصاهم وهو يريد ان يخرج ما ذكره في الهداية لانما هو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المراد بانهم في العدد وهو الواحد احترازا عن تفسير محمد من الذمة ليدخل العبد كما سياتي وليس بلازم اذ على هذا التفسير ايضا فيه دليل لمحمد وهو اطلاق الامن في المعنى الواحد فانه يتناول الواحد حرا او عبدا وقد ثبت في امان المراة احاديث منها حديث ام هانى في الصحيحين عنها قالت يا رسول الله زعم ابن امي علي انه قاتل رجلا قد اجرته فلان بن فلان قال عليه الصلوة والسلام قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت ورواه الازرقي من طريق الواقدي عن ابي ذئب عن المقبري عن ابي مرة مولى عقيل عن ام هانى بنت ابي طالب قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني اجرت حموين لي من المشركين فاراد ابني ان يقتلهما فقال عليه الصلوة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان الذان اجارته ام هانى

وان استقر دار الحرب فاخرجوا لنا لا يصح امانه بناء على ان الامان لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان ياذن له مولاه وقال محمد يصح وهو قول الشافعي رحمه الله وابي يوسف رحمه الله في رواية وبه قال احمد في رواية لعموم قوله عليه السلام امان العبد امان واراه ابو موسى الاستثناء ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالمأذون وله ان القتال في المولى من الامان فالامان لكونه شروطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتاثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين ذا الكلام في مثل هذه الحالة واما لا يملك المسابقة فما فيه من تعطيل منافع المولى لا تعطيل في مجرد القول لابي حنيفة رحمه الله انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فيلزم الامان المأذون له لان القتال لا يخوف منه متحقق لانه اما لا يملك المسابقة لما انه تهون في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه اما وقع قتاله فيه فاذكرناه لانه قد يخطىء بل هو الظاهر وفيه سبب لاستغراق منافع المأذون لانه ضرر عظيم والخطاء فادر المباشرة القتال في حق المولى لانه يخاف عن الاسلام فهو باذنه الى الدعوة اليه كما قبل انه مقصور عليه عند مسلميهم الى اسقاط نفوس لهم تافهة

عبد الله بن ابي ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام بن المغيرة كلاهما من بني مخزوم ومنها ما رواه ابو داود حدثنا عثمان بن ابي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن ابراهيم عن الاسود وعن عائشة قالت ان كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز وترجم الترمذي بابا ان المرأة حدثنا يحيى بن اكثم الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المرأة لتناخذ القوم يعني تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال في علله الكبرى سالت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد وهو في اسناده سمع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح سمع من ابي هريرة ومنها حديث ابارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا العاص فقال عليه الصلوة والسلام الا انا نجير على المسلمين ادناهم رواه الطبراني في طوله قال المصنف ولانه من اهل القتال اي الواحد ذكرا او انثى فانها اهل لان يتسبب بمالها وجهدها فيخاف منه فيتحقق الامان لاقامة محله اي محل الامان وهو الكافر المخالف واذا صدر التصرف من اهله في محله نفذ ثم يتعدى الى غيره اي غير المجير من المسلمين واما قوله ولان سببه لا يتجزى الى آخره فيصلح تعليلا بلا واو للمتعدي فان ما ذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الامان بالنسبة الى المؤمن فاما تعديه الى غيره فليس ضروريا فلا بد له من دليل وما ذكر من عدم التجزي يصلح دليلا له فانه لم يتجزء كان امان الواحد امان الكل لانه يعصم امان الكل واستدل على عدم تجزيه بان سببه وهو الايمان لا يتجزى فكذا الامان وفسر التصديق الذي هو ضد الكفر ويعصمهم باعطاء الامان لانه يقال امنته فامن اي اعطيته الامان فامن ولا يصح ان يقال امنت بمعنى صدقت بالدين فامن اي الكافر اي حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان السبب علة وهو مجاز فان حقيقة السبب المفضي فلا يلزم من وجوده الوجود ولا شك ان الايمان بالله ورسوله سبب مفض الى امان المؤمن باعطاء المسلم اياه فالحق ان كلا منهما يصلح الامان اي اعطاء الامان سببا لا الامان بمعنى علته لا يتجزى فلا يتجزى الامان والايمان بمعنى التصديق سبب حقيقي للامان لا يتجزى فلا يتجزى الامان ويصار كولاية الانكاح اذا زوج احد الاولياء المستوين نفذ على الكل واعلم ان كونها لا تتجزى انما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل اذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك وقوله الا اذا كان في ذلك اي امان الواحد مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم راى المصلحة في النبذ وقد بيناه في الباب السابق وهو قولنا يفعل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى واما قوله ولو حاصر الامام حصنا فامن واحد من الناس الى آخره فليس تكرارا محضا بل ذكره ليبني عليه قوله وليس للامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لا يؤدبه لانه ربما فعل ذلك مخافة ان تفوت المصلحة بالتاخير الى ان يعلم الامام بها ويؤمن هو بنفسه والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق وانما يقال الافتيات للسبق الى الشيء دون ايثار هن ينبغي ان يؤامر فيه بخلاف غيره يقال فاتني ذلك الفارس اي سبقني فاصله افتوات قلبت واوه ياء لكسر ما قبلها والتعليل به مطلقا يقتضي ان يؤدبه مطلقا لتحقق الافتيات فيما فيه مصلحة فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه قوله ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم على المسلمين لموافقته لهم عقادا وايضا لا ولاية لكافر على مسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء او ابى ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم في دار الحرب لانها مقهورة ان تحت ايديهم والامان يختص محل الخوف ولانها يجوز ان عليه فيعرى الامان عن المصلحة لانه كلما اشتد الامر عليهم يجعلون اسيرا او تاجرا فيخلصون بامانه فلا يتمشى باب الفتح قوله ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لم يصح امانه لما بينا من ان الامان يختص بدار الحرب ولا خوف من جانبه يتحقق في دارهم لاستعلائه ولا قوة ودفاع قوله والصحيح ان العبد المحجور عليه عند ابي حنيفة الا ان ياذن له

ولو من الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل هو محجور عن القتال فعد الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بناء على

له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وقال مالك واحمد وابو يوسف في رواية لاطلاق الحديث المذكور وهو قوله وسعى بذمتهم ادناهم ولما روى ابو موسى الاشعري من قوله عليه الصلوة والسلام امان العبد امان ولانه مومن ممتنع اى له قوة يمتنع بها وليس غيره فيصح اعتبارا بالماذون له في القتال والمؤيد من الامان وهو عقد الذمة فان العبد المحجور اذا عقد الذمة لاهل حربية صح والزم وصار واهل ذمة فهذا وهو الموقت من الذمة اولى بالصحة وهذا لان ذلك تمام المؤثر في صحة الامان الا ايمان فانه شرط لاعباداته والجهاد من اعظمها واما اعتبار الامتناع فلتحقق ازالة الخوف وبذلك تحقق المؤثر الجامع بين الاصل والفرع وهو اعزاز الدين واقامة مصلحة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة لانها لا مصلحة فيه وانما لا يملك المسابقة اى الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بان يقتل وهذا المانع انما يؤثر في الجهاد وبذلك الوجه لا بوجه اعطاء الامان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المحجور في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه ولابي حنيفة ومالك في رواية سحنون عنه انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانتفاء الخوف منه فلم يلاق الامان محله وهو الخائف من المومن فلم يحصل المؤثر وهو الاعزاز لانه من لا يخاف منه ولا المصلحة لان الظاهر انه يخطئ لان معرفة المصلحة في الامان انما يقدم عن يباشر القتال وهو الماذون لانه اوري بالامر من غير المحاربين له وفي خطائه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا بخلاف العبد الماذون وبخلاف الامان المؤبد لاعطاء الجزية لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام ولكل مسلم عبدا وحرا ذلك لانه مقابل بالحرية فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه لانه مفروض عندهم التهم لان الله تعالى قاتلهم بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة لهم اسقاط الفرض عن الامام وعن عامة المسلمين وهو ذلك يقع محققا فافترقا واعلم ان وجه العامة تضمن قياسين قياس امان المحجور على امان الماذون في القتال وقياس امان المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك ان فرق ابي حنيفة في الثاني متجه واما وجه القياس الاول فلانه ان فرق بانه لا يخاف منه والاجر خائف فالظاهر ان ذلك بالنسبة الى اهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون الماذون له فيتخافونه من غير فلا يخافونه بل كل من لقوه مع المسلمين سوى البينة فهو مخوف لهم واما بان الظاهر خطاؤه في المصلحة فلا اثر له لان الامان غير لازم اذا لم تكن فيه مصلحة بل اذا كان كذلك ينبذ اليهم الامام به نعم الاستدلال بالحديث المروي عن ابي موسى غير تام لانه حيث لا يعرف فان قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاتا فحاصرناها شهرا حتى اذا كنا ذات يوم وطمعنا ان نقتحمهم انصرفنا عنهم عند القتل فتخلف عبد متاع فاستامنوه فكتب اليهم امانا ثم رمى به اليهم فلما رجعنا اليهم خرجوا الينا في شيابهم ووضعوا اسلحتهم فقلنا ما شانكم فقالوا التمسوناه اخرجوا الينا السهم فيه كتاب بامانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بامان فكتبنا الى عمر فكتب ان العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم ورواه ابن ابي شيبة وزاد فاجاز عمر امانه فالجواب انها واقعة حال فجاز كونه ماذونا له في القتال وايضا جاز كونه محجورا لانه كان عقد ذمة وانه يصح منه والله اعلم الا ان اطلاق عمر قول العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي انه اطلقه بذلك الحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين قوله وان ابن الصبي وهو لا يعقل لا يصح باجماع الائمة الاربعة كالمجنون

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اى قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر

وان كان يعقل وهو مجبور عن القتال فعلى الخلاف بين اصحابنا لا يصح عند ابى حنيفة ويصح عند محمد وبقول ابى حنيفة قال الشافعى واحمد فى وجه لان قوله غير معتبر لصلاقه وعتاقه ويقول محمد قال مالك واحمد وان كان ماذونا له فى القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق بين اصحابنا وبه قال مالك واحمد ولانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبى الماذون والمراد بكونه يعقل ان يعقل الاسلام ويصفه واضاف ابا يوسف الى ابى حنيفة فى الكبير فى عدم الصحة وانما قال المعتوه والاصح والله اعلم لانه اطلق المنع فى الصبى المراهق عن ابى حنيفة كما نقله الناطفى فى الاجناس ناقلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذى يعرف الحلم وهو يعقل الاسلام وانه ثم قال وهذا قوله فاما عند ابى حنيفة وابى يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق فى كفاية البيهقى فقال لا يجوز امان الصبى المراهق مالم يبلغ عند ابى حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذا المغلوب العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه يعتبر ان يكون مسلما بنفسه فهذا كما ترى اجرى الخلاف فى الصبى مطلقا قال المعتوه والاصح التفصيل بين كون العاقل مجبورا عن القتال اوماذونا له ففى الثانى لا خلاف فى صحة الامان هذا ومن الفاظ الامان قولك للحربى لا تخف ولا توجل او لا ترس او لكم عهد الله او ذمة الله ثم او تعال فاسمع الكلام ذكره فى السير وقال الناطفى فى السير الكبير سالت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال لين هذا بامان وابو يوسف استحسن ان يكون امانا وهو قول محمد رحمة الله عليهم اجمعين

باب الغنائم وقسمتها لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهى من المواد حتة ذكر ما ينتهى اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس واموالها وانما كان ذلك غالبا بالاستقراء تاييد البدائع جيوش المسلمين ونصرتهم فى الاكثر قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة يجوز فى الواو ما تقدم فى قوله واذا حاصر الامام وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضده لان منه عنى يعنى عنوة اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحى القيوم وانما المعنى فتح بلدة حال كون اهلها ذوى عنوة اى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا فى الفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم فى غير التعاريف بل وذلك فى الاخبارات على ان يراد معنى المذكور لا المجانى لكن لا تنتقل منه الى آخر هو المقصود تبلك الارادة كثيرا لزاد ولو اراد به نفسه الوجود كان مجازا من المسبب فى السبب الوجه انه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر فى نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تصريحا واذا فتح الامام بلدة عنوة فهو بالخيار ان شاء قسمه اى البلد بين الغانمين مع رؤس اهلها استرقاقا واموالهم بعد اخراج الخمس لجهاته وان شاء قتل مقاتليهم وقسم باسوائهم من الاراضى والاموال والذرارى ووضع على الاراضى المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم واراضيهم واموالهم فوضع الجزية على الرؤس والخراج على اراضيهم من غير نظر الى الماء الذى يسقى به اشهوماء العشر كماء السماء والعيون والآبار او ماء الخراج كالانهار التى شقتها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر وانما المن عليهم برقابهم واراضيهم فقط فمكروه الا ان يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل المنفعة على انفسهم وعلى الاراضى الى ان يخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق واما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض او برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين برد هم حربا علينا الى دار الحرب نعم له ان يبقيهم احرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه اليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعى والاعمال وله ان يقتلهم وله ان يسترقهم

وانشاء اقرارهم عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رض بسواد العراق بموافقة من الصحابة رض ولم يخالف من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول الجزء لا يؤخذ من بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه

كما سيذكره وقد قيل الاولى الاول وهي قسمة الاراضي وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجة والثاني عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الارض لقسمته عليه الصلوة والسلام خيبر لما في البخاري عن يزيد بن اسلم عن ابيه قال قال عمر رض لولا اخر المسلمين بفتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك في الموطا اخبرنا زيد بن اسلم عن ابيه قال سمعت عمر رض يقول لولا ان تترك اخر الناس لا شيء لهم ما فتح المسلمون قرية الا قسمتها بينهم كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بينهم فظاهره انه قسمها كلها والذي في ابي داود بسند جيد انه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين فقسمها بينهم على ثمانية عشر سهما واخرج ايضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بسر بن يسار عن رجال من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قسمها على ستة وثلثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعني اعطى لكل مائة رجل سهما وكان الف وثمان مائة سهم وسيأتي ان رجال غزوة خيبر الف واربعمائة والخيل مائتان في رواية كان الجيش الفا وخمسمائة منهم ثلثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل يعني صاحبه سهما وقد جاء بيانا وكذلك في رواية البيهقي وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك عزل النصف من لك لمن ينزل به من الوفود والامور ونوائب المسلمين وحاصل هذا انه نصف للنصف لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال ثم ذكر من طريق آخر بين ان ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين لم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم واقرهم على ما في كتاب الاموال فعاملهم بالنصف مما يخرج منها فلم يزل حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر حتى كان عمر فكثر العمال في المسلمين وقووا على العمل فاجلا عمر رض اليهود الى الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف اصحاب المغازي في ان خيبر فتحت كلها عنوة او بعضها صلحا وصحح ابو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى بن عقبة عن الزهري الثاني وغلطه ابن عبد البر انما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين اسلمها واهلها في حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم كما روى انه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيها حتى ايقنوا بالهلاك سألوه ان يسيرهم وان يحقن لهم دمائهم ففعل فجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ما كان من ذينك الحصنين الى ان قال فلما لم يكن اهل ذينك الحصنين معنوين ظن ان ذلك صلح وليس انه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا رضهم بالحصار والقتال وكان حكمها الحكم سائر ارض خيبر كلها عنوة مقسومة بين اهلها الى ان قال ولو كان صلحا لملكها اهلها كما يملك اهل الصلح ارضهم وسائر اموالهم فالحق في ذلك ما قاله ابن اسحق عن الزهري اي انها فتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة عنه انتهى **قوله** فان شاء اقرارهم الخ اقر الهلها الى قوله هكذا فعل عمر بسواد العراق لاشك في اقرار عمر رض اهل السواد ووضع الخراج على اراضيهم على كل جريب عامر او غامر عمله صاحبه او لم يعلم وبها وقفيز ودرهم على جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية واربعين وعلى من دونه اربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيئا اثني عشر درهما فحمل في اول سنة الى عمر رض ثمانون الف الف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرون الف الف درهم الا ان في المشهور عن اصحاب الشافعي لما فتحت عنوة قسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم انه لم يخيرها باهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردها ورد ها على اهلها بخراج يؤدونه كل سنة وقال بشير بياعها من اهلها ثمن منجم والمشهور في كتب المغازي ان السواد فتح عنوة وان عمر رض قطع ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله تعالى ما افاء الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم الغنيمة لله ولرسوله والذين جاؤا من بعدهم وانما يكون لهم بالمن بوضع الخراج

وفي العقار خلاف الشافعي رح لان ابطال حق الغانمين ملكه فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقتله بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم اصلا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لاكثر العاملة للمسلمين بالحالة وجواز الزراعة والمؤن مرتفعة صح ما انه يخطئ به الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد يجل والحال دائمة وان من عليهم بالرقاب الاراضي يقتسم بينهم من المنقولات فيقل نصيب كل واحد منهم عن حد الكفاية قال وعرق الاساري بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قتل عقبة والنضر وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام واسترقاقهم احراز اذمة للمسلمين لما بينا الا في مشركي العرب والمرتدين على ما بينا ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين وان اسلموا لا يقتلهم لانه دفع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد السبب بسبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب

والجزية وما عمر فنده الآية ولم يخالفه احد الا قريبا كبلال وسلمان ونقل عن ابي هريرة فدعا عمر رض على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه قال في المبسوط فلم يحيدوا وقد موا وجوبا لي رايه وبدل على ان قسمة الاراضي ليس حتما ان مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم ارضها ولهذا ذهب مالك الى ان يجري الفتح تصير الارض وقفا للمسلمين وهو اوري بالاخبار والآثار ورد حواسهم ان مكة فتحت صلحا لانه دليل عليها بل على نقيضها الا ترى انه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلوة والسلام من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن اغلق بابه عليه فهو امن ولو كان صلحا لاستغنوا الكلام به بلا حاجة الى ذلك ولما ثبت من اجارته ام هانئ من اجارته وعد افتتاحها عليا عن قتله وامره عليه الصلوة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة واظهر من هذا كله قوله عليه الصلوة والسلام في الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك بها دم الى ان قال فان احد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا ان الله اذن لرسوله ولم يأذن لكم فقوله لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك قوله وفي العقار خلاف الشافعي رح فعنده لقسم الكل لان في المن بالارض ابطال حق الغانمين على قولكم او ملكهم على قولنا فلا يجوز للامام ذلك بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته بالنسبة الى رقبة الارض بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ومن فعل عمر رض مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعا فان قيل لا نسلم الاجماع بمخالفة بلال ومن معه اجيب بانه لم يسوغ اجتهاده هم بدليل ان عمر رض دعا عليهم ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا عليهم والمخالف دليل فيه نظر للمسلمين لانهم يصيرون لاكرة العاملة للمسلمين لعالة يحوجه الزراعة مع ارتفاع المؤن عن المسلمين وفي هذا من النظم ما لا يخفى مع انه يخطئ به الذين يأتون من بعد فيحصل عموم النفع للمسلمين والخراج وان قل حالا فقد يجل مالا فربما تجتمع منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض قوله وهو في الاساري بالخيار ان شاء قتلهم يعني اذا لم يسلموا لانه عليه الصلوة والسلام قد قتل من الاسرى اذ لا شك في قتله عقبة بن ابي معيط من اساري بدر والنضر بن الحارث الذي قالت فيه اخته قبيانة الابيات التي منها يا راكبا انك الا تنيل منقطة ... من صبح خامسة وانت موفق ... ابلغ بها بيدا بان تحية ... ما ان تزال بها الركائب تخفق ... مني الى الباك وعبرة مسفوحة ... جادت بوابكها واخرى تخنق ... الابيات لطعيمة بن عدي وهو اخو المطعم بن عدي واما ما قال هشيم انه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك كيف وهو عليه الصلوة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدي حيا فشفعه في هؤلاء النتنى ولان في قتلهم حسم مادة الفساد والكائن منهم بالكلمة وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة ان يقتل اسيرا لنفسه لان الرأي فيه الى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقه فليس له ان يتناوله عليه وعلى هذا اذا قتل بلا ملجئ بان خاف القتال شرا لاسير كان له ان يجزره اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يمثل به شيأ وان شاء نزلهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا من ان عمر رض فعل ذلك في اهل السواد وقوله الا مشركي العرب والمرتدين يعني اذا اسروا فان الكلام في الاساري وتحقيق الاسر في المرتدين اذا غلبوا وصاروا حربا على ما بينا ان شاء الله تعالى في باب الجزية من انه لا يقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل بالاسلام والسيف فان اسلم الاساري لم يجز الاسر لانتفائهم لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الاصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهذا الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب بخلاف ما لو اسلموا قبل الاخذ لانهم لا يسترقون ويكفي لان احدا لا يسلم قبل

ولا يفادى بالاسارى عند ابى حنيفة رح وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين هو قول الشافعى رح لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر
ولانتفاع به وله ان فيه معونة الكفرة لانه يبقى حربا علينا ودفع شر حربى خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقى فى ايديهم كان ابتلاء فى حقه
غير مضاف الينا ولا اعانة بدفع اسيرهم الينا اما المفاداة بمال يأخذ منهم لا يجوز عند الشيخين وهو المذهب المشهور من المذهب وفى السير الكبير انه لا بأس اذا كان بالمسلمين
حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسارى فى ايدينا لا يفادى بمسلم سيقع فى ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه بهو ما مون على اسلامه قال ولا يجوز
المن عليهم اى على الاسارى خلافا للشافعى رح فانه يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
ولانه بالاسر والقسر يثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض ومن اراه منسوخ بما تلونا

الفقاد سبب الملك فيهم قوله ولا يفادى بالاسارى عند ابى حنيفة هذا احدى الروايتين عنه وعليها مشى القدورى وصاحب
الهداية وعن ابى حنيفة انه يفادى بهم كقول ابى يوسف ومحمد والشافعى ومالك واحمد الا بالنساء فانه لا يجوز المفاداة بهن عندهم ومنع
احمد المفاداة بصبيانهم وهذه رواية السير الكبير قيل وهو اظهر الروايتين عن ابى حنيفة وقال ابو يوسف تجوز المفاداة بالاسارى
قبل القسمة لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال وجه رواية الكتاب ما ذكر ان فيه معونة الكفر لانه يعود حربا علينا ودفع شر حربية خير
من استنقاذ المسلم لانه اذا بقى فى ايديهم كان ابتلاء فى حقه فقط والضرر بدفع اسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين وجه الرواية
الموافقة لقول العامة ان تخليص المسلم اولى من قتل الكافر للانتفاع به لان حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذى يعود الينا بدفعه
اليهم يدفعه ظاهر المسلم الذى تخلص منهم لانه ضرر مختص بواحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهرا فيكفى ثم شيوعى فضيلة تخليص المسلم وتكبيده
من عبادة الله كما ينبغى زيادة ترجيح ثم انه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اخرج مسلم فى صحيحه وابو داود والترمذى
عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين واخرج مسلم ايضا عن ابى
بن سلمة بن الاكوع عن ابيه خرجنا مع ابى بكر امره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فلقينى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السوق فقال
لى يا سلمة هب لى المرأة لله ابوك يعنى التى كان ابو بكر نفلنيها فقلت هى لك يا رسول الله والله ما كشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى
الله عليه وسلم ففدى بها اناسا من المسلمين كانوا اسروا بمكة الا ان هذا يخالف رأيهم فانهم لا يفادون بالنساء فيبقى الاول قوله والمفاداة
بمال يأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا فى المفاداة بالمسلمين من رده حربا علينا وفى السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين
حاجة استدلالا باسارى بدر اذ لا شك فى احتياج المسلمين بل فى شدة حاجتهم اذ ذاك فلكن محمل المفاداة الكائنة فى بدر بالمال دون
انزال الله تعالى فى شان تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى ما كان لنبى ان يكون له اسرى حتى يثخن فى الارض اى لتقتيل اعداء الله تعالى لا لاخذ
فيفيضهم عنها تريدون عرض الدنيا والله يريد الاخرة وقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق وهو ان لا يعذب احدا قبل النهى ولم يكن
نهاهم لمسلم فيما اخذتم من الغنائم والاسارى عذاب عظيم ثم احلها له ولهم رحمة منه ثم قال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا هى الجميع من الفداء
وغيره وقيل للغنيمة فان قيل لا شك انه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك انه يجب تقييده بما اذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة وفى
رواية تكسير المحاربين لاجل غرض دنيوى وفى الكشاف وغيره ان عمر رض كان اشار بقتلهم وابو بكر رض باخذ الفداء فقويا رجاء ان يسلموا
قال وروى انهم لما اخذوا الفداء انزلت الاية فدخل عمر رض على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا هو وابو بكر يبكيان فسأله فقال ابكى على اصحابك
فى اخذهم الفداء لقد عرض على عذابهم ادنى من هذه الشجرة قال وروى انه عليه الصلوة والسلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نجى منه
الا عمر وسعد بن معاذ لقوله كان الاثخان فى القتل احب الى والله اعلم بذلك قوله ولو اسلم الاسير وهو فى ايدينا لا يفادى به لانه لا يفيد
الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه فيجوز لانه يفيد تخليص مسلم من غير اضرار بمسلم آخر قوله ولا يجوز المن على الاسارى وهو ان يطلقهم الى
دار الحرب بغير شىء خلافا للشافعى اذا رأى الامام ذلك ولقولنا قال مالك واحمد وجه قول الشافعى قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء ولانه عليه
الصلوة والسلام من على جماعة من اسارى بدر منهم العاص بن ابى الربيع على ما ذكره ابن اسحق لبنده وابو داود ومن طريقه احمد عائشة رض

واذا اراد الامام ان يرد ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها بتركها وقال الشافعي رحمه الله يتركها لانه
عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق
بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر
لانه سلبة وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يطلع عليه الكفار ابطالا لمنفعة عليهم

لما بعث اهل مكة في فداء اسراهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء ابي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة ادخلتها
بها على ابي العاص حين بنى عليها فلما رآى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رق لها رقة شديدة وقال للصحابة ان رأيتم ان تطلقوا لها اسيرها وتردوا
عليها الذي لها فافعلوا فقالوا نعم رواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد اخذ عليهم ان تخلي زينب اليه ففعل وذكر ابن اسحق ممن من عليه
المطلب بن خطب اسره ابو ايوب الانصاري فخلى سبيله وابو عزة الجمحي كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن عليه واخذ عليه ان لا ينابذ
عليه احدا وامتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم بابيات ثم قدم مع المشركين في احد فاسر فقال يا رسول الله اقلني فقال عليه الصلوة والسلام لا امسح عارضيك
بمكة بعد ما تقول خدعت محمدا مرتين ثم امر فضرب عنقه وبقي ما ثبت في صحيح البخاري من قوله عليه الصلوة والسلام في سارى بدر ولو كان المطعم بن عدي
حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له والعجب من قول شارح بهذا لا ثبت المن لان لو لامتناع الشيء لامتناع غيره يعني ليفيد امتناع المن ولا يخفى
على من له ادنى بصر بالكلام ان التركيب اخبار بانه لو كلمه لتركتهم وصدقه واجب وهو بان يكون المن جائزا فقد اجتبانه لتطليقهم يوسا لا يأتيهم للاطلاق
على ذلك التقدير لا ثبت منه الا وهو جائز شرعا وكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه ما ينفي جوازه شرعا وهو المطلوب واجاب لكم بانه منسوخ
بقوله ثم اقتلوا المشركين من سورة براءة فانها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشان وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد
يقال ان في ذلك في حق غير الاسارى بدليل جواز الاسترقاق فيه فعلم ان القتل لما موحتمي في غيرهم قوله واذا اراد الامام العود وعنه مواشي اي ممن
مواشي اهل الحرب فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها ثم احرقها ولا يعقرها كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن
ابي طالب فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة فخشي ان ينال المشركون فرسه فلم يتمكن من الذبح يفيد العامل عنه بالشغل بالقتال
او كان قبل نسخ المثلة او علمه بها ولا يتركها لهم وقال الشافعي واحمد يتركها لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة قلنا هذا غريب لم يعرف
عنه عليه الصلوة والسلام نعم روى من قول ابي بكر نفسه رواه مالك في موطاه عن يحيى بن سعيد ان ابا بكر رضي الله عنه بعث جيوشا الى الشام
فخرج يتبع يزيد بن ابي سفيان فقال اني اوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تقعرن شاة ولا بقرة الا
لما كلة ولا تحرقن ولا تحرقن عامرا ولا تفرقن ولا تجبن ولا تغلل ثم هو محمول على ما اذا لم يتمكن الفتح وحيوزة البلاد الا اسلام وكان
ذلك هو المستمر في بعوث ابي بكر رضي الله عنه فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم انه اذا كان كذلك فلا يحرق ولا
يخرب لانه اتلاف مال المسلمين الآتي الى قوله ولا تحرق وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلوة والسلام عز على ابني صبا حاتم حرق
يبقى مجرد ذبح الحيوان وانه لغرض الاكل جائز لانه غرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكتهم وتعريضهم على المهلكة والموت وانما يحرق لقطع
منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان والتحريق لهذا الغرض الكريم بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وفيه احاديث كثيرة منها
حديث البخاري عن ابي هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا ان وجدتم فلانا وفلانا فاحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعانا رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فانه لا يعذب بها الا الله رواه البزار وسماهما هبار بن الاسود ونافع بن
عبد القيس وطوله البيهقي وذكر ان السبب انهما كانا رموا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلوة
حتى القت ما في بطنها والقصة مفصلة عند ابن اسحق معروفة لاهل السير وذكر البخاري ايضا تحريق على مرتدة الذين اتى

ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك وأصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيد والاحتطاب للاستيلاء سواء اثبات اليد وقد تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والنهي في مثله يفيد القسمة بيعا معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والناقلة معدومة لقدرتهم على الاستيفاء وجوده ظاهر

فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت انا لم احرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه واخرج البزار في مسنده عن عثمان بن عفان قال كنت عند ام الدرداء فاخذت برغوثا فربطته في النار فقالت سمعت ابا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا رب النار هذا وتحريق الاسلحة البيضاء والابحرق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم دماني فتاوى الولوالجي تترك النساء والصبيان في ارض غامرة اي خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا لان النساء من النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه قتل بما هو اشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا اسارى بعد الاستيلاء وقد اوصى النبي صلى الله عليه وسلم الامراء خيرا حدث ابن اسحق عن بنية ابن وهب اخبرني عبد الدار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اقبل بالاسارى فرقهم بين اصحابه قال استوصوا بالاسارى خيرا فقال ابو عزير مر بي اخي مصعب بن عمير ورجل من الانصار يشد يدي فقال له شد يديك به فان امه ذات متاع قال وكنت في رهط من الانصار حين اقبلوا بي من بدر فكانوا اذا قدموا غداءهم وعشاءهم خصوني بالخبز واكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنا ما يقع في يد رجل منهم كسوة من الخبز الا نفحني بها قال فاستحي فاردها على احدهم فيردها علي ما يمسها فكيف يجوز ان يقتلوا جوعا اللهم الا ان يضطروا الى ذلك لسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة والله اعلم قوله ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرج الى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك اذا انهزم الكفار وعن ابي يوسف كان الاحب الي ان لا تقسما حتى يجوزا بها ذكرها الكرخي وعنه ان لم يكن مع الامام حمولة يحملها عليها تقسما في دار الحرب واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت بالنهرمية ويلزمه ان قسمة الامام هناك لا يفيد ملكا الا ان كان عن اجتهاد فانه امضى القضاء في فصل مجتهد فيه او كان لحاجة فان الحاجة موضعها مستثنى عنه واعلم ان حقيقة مذهبه ان الملك ثبت للغانم باحد امرين اما بالقسمة حقيقة كان او باختيار الغانم التملك وليس هو قائلا بان الملك ثبت للغانمين بالنهرمية كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسمة في دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك لاحد بل يتأكد الحق ولهذا لو اعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعض لعتق الشريك ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك ويخرج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه ثبت نسبه عندنا لوطيه جارية مشتركة بينه وبين غيره بجواز النهرمية بل لاختيار التملك فبالنهرمية ثبت لكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنيمة اخذها والا اخذ ما كمل من ماله قيمتها يوم الحمل وعندنا لا يثبت نسبه عليه لعدم الاحراز لا يجب ثبت سبب الملك وقسم الجارية والولد والعقرين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام قبل قسمة عندنا واتأكد الحق لان الاستيلاء ليوجب حق العتق وهو لا يكون الا بعد قيام الملك في المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان ولايته التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد وليس لهما تملك الجارية بدون رضى الامام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات او العرفاء فوقعت جارية بين اهل راية صح استيلاد احدهم لها فاذا صح عتقه لها وانها مشتركة بينه وبين اهل تلك الراية تركة ملك وعتق احد الشركاء فاسد لكن هذا اذا قلوا حتى يكون الشركة خاصة اما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة لا يثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا مائة او اقل وقيل اربعون وقيل اقوال اخر قال في المبسوط والاولى ان لا يتوقت ويحيل مو كول الى اجتهاد الامام ومنها جواز البيع من الامام لبعض الغنيمة يجوز عندهما لا عندنا بنى على ذلك ومنها لو مات بعض الغزاة او قتل في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عندهما

ثم قيل لو فهم الخلاف ترتيب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد كان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة هي كراهة تنزيه عندهما فانه قال عندهما لا يجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد لا الا فضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة

على التاكيد بالهزيمة حتى صح الملك وقالا التاكيد يكفي للارث الا ترى انا نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسمة للتاكد لا للملك لانه لا ملك قبل القسمة وهذا لان الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط ويستدل على ضعف الحق قبل الاحراز باباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما اتلف من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال والشافعية ان سلموا الثاني لم يسلموا الاول ومنها لو حق المدد في دار الحرب قبل القسمة شارك عندنا لا عنده للتاكد وعدمه وانما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لاحق التملك لهذا لو اسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يتبع وكذا ارباب الاسوال اذا اسلموا بعد اخذها قبل الاحراز لا يملكون شيأ منها بل هي من جملة الغزاة في القسمة وفي الاستحقاق بسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد وذكرنا في النهاية ومعناه اذا لم يوخذوا فان اسلامهم بعد الاخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد وفي التحفة لو اتلف واحد من الغزاة شيأ من الغنيمة لا يضمن عندنا قال وبعض الاحراز بدار الاسلام يتاكد حق الملك ليستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المتلف وهذا المذكور في التحفة مع ما في المبسوط حيث قال واما عندنا فالحق ثبت نفس الاستيلاء ويتاكد بالاحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتاكد بالطلب وتتم بالملك بل الاخذ وما دام الحق ضعيفا لا يجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف في البيع قبل القبض ووجه المعتمد قول الشافعي بان سبب الملك تم بالهزيمة لان بها تحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح الا سبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم حنين وبني المصطلق واوطاس في ديارهم ولنا منع ان السبب تم فان تمامه ثبوت اليد الناقلة اي قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلا او تملكا وهذا منتف عنه ما دام في دار الحرب لان الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد الا ترى ان الدار مضافة اليهم فدل انه مقهور ما دام فيها نوعا من القهر بدليل ان لو ان تركها دار حرب وينصرف عنها فكان ظاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم تتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه العين كان ذلك عوضا عن نصيبه في الباقي بخلاف ما اذا خرج العبد مراغما حيث يتحقق بوصوله الى عسكر المسلمين وان كان في دار الحرب كذا المراة المراغمة تبين بذلك فانه بالنص بقوله عليه الصلوة السلام في عبيد الطائف هم عتقاء الله ولان فيه ملك يد على نفسه ويكفي فيه امتناعه ظاهرا في الحال قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المومنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت اول حدود الاسلام لان مكة فتحت وارض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجرى احكام الاسلام فيها وبهذا لا تصير دار الحرب دار الاسلام باجراء الاحكام وثبوت الامن للمقيم من المسلمين فيها وكونها مباحة لدار الاسلام على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وانت اذا علمت ان الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على ان الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في ان القسمة هل توجب الملك في دار الحرب اكتفى بتعجل الدليل من الجانبين على ذلك وتقرير الشافعي انه لا مانع من منعها في دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح فاذا تم تم السبب ولنا منع تمام السبب فلا يفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم ان القسمة انما تصح اذا قسم بلا اجتهاد او اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز اما اذا قسم في دار الحرب مجتهد فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام

قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ما عرف وكذلك إذا رضخ الإمام لأحدهما أو لغيره لما ذكرنا وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدنا من الأصل وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لأن بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد

وأما الحديث الذي ذكره وهو أنه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب فغريب جدا ثم ذكر المصنف خلافا في أن الخلاف في جواز القسمة قبل الإحراز وفي كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الأحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره وقيل الكراهة لأن القسمة لأنهم إذا اشتغلوا بها يكاسلون في أمر الحرب ربما يتفرقون وربما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز ثم قال المصنف الكراهة تنزيهية عند محمد فالأفضل أن لا تقسم في دار الحرب لأنه صلى الله عليه وسلم ما قسم إلا في دار الإسلام وعند أبي يوسف تحريمية لأن القسمة لا تكون إلا بقطع المنافع عن الشركة وهو إتلاف معنى فيكره إلا لمصلحة كالخوف من الانتشار أو الهرب أو الارتداد أو الفتنة لأن الإتلاف لا يباح إلا لمصلحة وهذا الخلاف كذا وإن كان في السهم فغير جيد لأنه لم يعرف خلاف عنهم إلا ما روي عن أبي يوسف وهذا لأن المسائل الاجتهادية الموضوعة متحرجة لعدم صحة القسمة قبل الإحراز مثل ما سيأتي أن من مات من المقاتلين لا يورث حقه من الغنيمة وأنه لا يباع من ذلك لعلف ونحوه شيء ومنها عدم جواز التفضيل بين الغانمين وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الإحراز ثم وجه الكراهة بقوله لأن دليل البطلان أي بطلان القسمة قبل الإحراز راجح على دليل جوازها إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز لأنه لما لم تثبت سلب الجواز بالاتفاق لم يبطل الراجح وإذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سور المرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام غير جيد عن القواعد فإن الإجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح إن كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي رجح عنده وكونه مخالفا ولا إجماع لا يوجب بل لا يجوز لذلك المجتهد النزول عن مقتضاه والأفكل خلافية من المسائل كذلك وإذا لزم حكم البطلان فما موجب إثبات الكراهة والتحقيق في سور المرة عدم تحاميها النجاسة لأن دليل الحرمة اللحم الموجب لنجاسة السور عارضه شدة المخالطة ورجح عليها انتفت النجاسة والكراهة حكم شرعي يحتاج خصوصه إلى دليل ومشقة المخالطة ودليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل وهذا إذا لم يكن للمسلمين حاجة أما إذا احتقنت لهم في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوها قسمها في دار الحرب قوله والردء أي العون والمقاتل أي المباشر للقتال مع الكفار وكذا أمير العسكر سواء في الغنيمة لا تمييز واحد منهم على آخر لشيء وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق وسنبين سببه فيما يأتي إن شاء الله تعالى قوله وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركهم أي المدد فيها وعن الشافعي فيه قولان وما ذكرناه بناء على ما مهدناه من أن الملك لا يتم للغانمين قبل الإحراز الغنيمة بدار الإسلام فجاز أن يشاركهم المدد إذا قام به الدليل ولا ينقطع حق المدد إلا بثلاثة أمور الإحراز بدار الإسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الإمام الغنيمة قبل لحاق المدد وهذا على ما حققناه لبنينا تأكد الحق وعدمه وما استدل به الشافعي من صحيح البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه بعث عليه الصلوة والسلام أبانا على سرية قبل نجد فقدم أبان وأصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخيبر بعد ما افتتحها إلى أن قال فلم يقسم لهم ولا دليل لهم فيه لأن وصول المدد في دار الإسلام لا يوجب شركة وخيبر صارت دار الإسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة في دار الإسلام وأما اسهامه لأبي موسى الأشعري على ما في الصحيحين عنه قال بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين إليه أنا وإخوان لي أنا أصغرهم أحدهما أبو بردة والآخر أبو رهم في بضع وخمسين رجلا من قومي فركبنا سفينة فألقتنا إلى النجاشي فوافقنا جعفر بن أبي طالب وأصحابه عنده فقال جعفر إن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا ههنا وأمرنا بالإقامة فأقيموا معنا فأقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر

قال [illegible] ... [illegible] ... [illegible]

فاسهم لنا ولم يسهم لاحد غاب عن فتح خيبر الا اصحاب سفينتنا فقال ابن حبان انما اعطاهم من خمس الخمس كما يستفاد من قولهم للامن الغنيمة وهو حسن الا انه لم يعلم خيبر هم ممن لم يشهد بل وحمل بعض الشافعية على انهم شهدوا وقبل جواز التنائهم خلاف مذهبهم فانه لا فرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الجواز او بعده كونه بعد الفتح قوله ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة لانهم ولا نفع الا ان يقاتلوا فح يستحقون السهم وبه قال مالك واحمد والشافعي في قولان احدهما كقولنا والآخر يسهم لهم واستدل الشافعي بما روي عنه عليه السلام انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة والصحيح انه موقوف على عمر كما ذكره ابن ابي شيبة في مصنفه بنا وكيع انا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق عن ابن شهاب ان اهل البصرة غزوا تستر وعليهم عمار بن ياسر رض فظهروا فاراد اهل البصرة ان لا يسهموا الا لاهل الكوفة فقال رجل من بني تميم ايها العبد الاجدع تريد ان تشاركنا في غنائمنا وكانت اذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خيرا ذني سبيت ثم كتب ابو موسى رض فكتب عمر رض ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه الطبراني والبيهقي وقال وهو صحيح من قول عمر رض واخرج ابن عدي عن علي رض الغنيمة لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابي وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد اياه وكذا عند الكرخي عن مشايخنا وعلى قول الاخرين تاويله ان يشهد على قصد القتال والوقعة هي القتال وبه معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهودها على قول القتال انما يعرف باحد امرين باظهار خروجه للجهاز والتهيئ له لا لغيره ثم المواظبة على ذلك القصد الظاهر وبهذا السبب الظاهر الذي ينبني عليه الحكم دون الحقيقة فقالوا بان كان خروجه ظاهرا لغيره كالسوقي وسائس الدواب فان خروجه ظاهر لغيره فلا يستحق بمجرد شهوده اذ لا دليل على قصد القتال فاذا قاتل ظهر انه قصده غير انه ضم اليه شيئا اخر كالتجارة في الحج لا ينقص به ثواب حجه وعلى كونه السبب ما قلنا فرع لو اسر في دار الحرب فاصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل ان يخرجوا آثارهم فيها وفي كل ما يصيبونه وان لم يلقوا قتالا بعد ولو لحق بعسكر غير الذي خرج معهم وقد اصابوا غنائم لا شارهم الا ان يلقوا قتالا بعد فقاتل معهم لانه بالانفصال سبب لاستحقاق سهمهم ولو كان قصده من اللحوق بهم الفرار فلا يستحق الا ان يقاتلوا فيقاتل معهم لانه حينئذ تبين انه قصد باللحاق بهم القتال وكذا من اسلم في دار الحرب ولحق بالعسكر والمدد اذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذي دخل بامان اذا لحق بالعسكر ان قاتلوا استحقوا والا فلا شيء لهم قوله واذا لم يكن للامام حمولة لفتح الحاء لانه يحمل عليه من بعير وفرس وغيره يقسمها بينهم فقيل قسمة الغنيمة في دار الحرب للحاجة فيكون هذا القسمة بالاجتهاد وهو صحيح وقيل قسمة ايداع الى دار الاسلام وليستردها ويقسمها ثم على هذا يكون بالاجرة وهل يكره هم على ذلك في السير الصغير لا يكره هم لانه انتفاع بمال الغير لا لاطلب من نفسه فهو كمن تلفت دابته في دار الاسلام ومع رفيقه دابة ليس له ان يحمل عليها كراها باجرة المثل ابتداء ويجوز انتهاء كما اذا انقضت مدة اجارة السفينة في وسط البحر او البعير في البرية فانه تنعقد بينهما اجارة باجر المثل جبرا في السير الكبير يكره هم لانه دفع الضرر العام بالضرر الخاص لان منفعتهم راجعة اليهم والاجرة من الغنيمة والاوجه انه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وان لم يخف قسمها والغنيمة في دار الحرب فانه يصح للحاجة وفيه اسقاط الاجرة وقول في المختصر القدوري قوله ولا يجوز بيع الغنائم في دار الحرب لعدم الملك لاحد فيها بعد وقد بينا الاصل فيه وهذا في بيع التراة ظاهر واما بيع الامام لما فذكر الطحاوي انه يصح لانه مجتهد فيه يعني انه لابد ان يكون للامام رأي المصلحة في ذلك وانه تخفيف كراهة اكل الغنيمة ... [illegible] ... [illegible] ... [illegible]

قال ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب دوابهم ويأكلوا هم من الطعام قال لعبد الضعيف لسنا نفتي بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم نشرطها في الأخرى حجة الأولى انه مستدل بين الناس للانتفاع بالاستهلاك لا للحاجة كما في الثياب والدواب الأخرى له على السلام في طعام خيبر ملكوها وعلفوها ولا شك في هذا ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يتمكن من قوت نفسه وعلف دابته في دار الحرب منقطعة فيفتح على أصل الإباحة لحاجة ثم علل السلام لانه يستعمله فالظاهر دليل الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فيتعذر حقيقتها فيستغنى بدليلها وهو الاستعمال ثم يرد له في المغنم اذا استغنى عنه والا بعد مثل السلاح والطعام كما يجيء ولهذا استحسن فيه كالسمن والزيت قال ويتعلفوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب بدل الحطب وهو زيادة لا فائدة لها لمساس الحاجة الى جميع ذلك فيقاتلون بأيهم وجد من السلاح كل ذلك بلا قيمة وتأويله اذا احتاجوا اليه بان لم يجدوا سلاحا وقد بنى بناءه ولا يجوز ان يبيعوه من ذلك شيئا ولا يتموله لان البيع يتوقف على الملك لا ملك على ما قدمناه انما هو اباحة وصار كالمباح الطعام قوله ولا يتموله اشارة الى ان ظاهر لا يبيعونه بالذهب والفضة والعرض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة وأما الثياب فلم تبلغ الحاجة فيها الى هذا الحد فلا يملكها بالاستعمال ولا بالاستهلاك لانه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب الى آخر المتاع لان المحرم ليستباح للحاجة فاذا زالت زال المباح وقيد بالانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة لاشتراك الا ان

قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق وكذا اولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له لانه سبقت يده الحقيقية اليه بالظاهرين غلبة او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة يده كيده فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء وقال الشافعي هو له لانه في يد صحيحة فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانهم اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الآخر وفي قول محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله الاول هو كغير المنقول بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار وعندهما وعند محمد تثبت

ويلتحقون بمن شاء منهما ذهب او فضة تركها من اهله وسلم المسلمون جميع ما ذكرنا لقيل ما ذكر في الكتاب من قوله ولا يجوز ان يجعل من الكتابة ولا تجعلونه فان بامكانه ان يرد الثمن الى الغنيمة لانه عوض مختص مشترك بين الغانمين استحقوه بالقهر ومن اسلم منهم هنا اربع مسائل احداها اسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج الينا حتى ظهرنا على الدار والحكم فيها ما ذكر في الكتاب من انه احرز نفسه واولاده الصغار وما كان في يده من المنقول لانه الى احرازه اقرب كما ذكرنا فيما استشهد به من امر الدار ثم خرج الينا ثم ظهرنا على الدار فحكمه حكم ما ذكرنا في الاولاد الصغار لانهم تبع لابائهم حين اسلم كان مستتبعا لهم فصار كما لو اسلموا معه فلا يد للرق عليهم لابتدائه بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم وما اودع مسلما او ذميا ليس فيئا لان يده يد امانة صحيحة حتى لا يملك المال بمضي المدة بخلاف احراز المسلم فرد عليه وما اودع حربيا ففي ظاهر الرواية فيء وعن ابي حنيفة انه لان يده تثبت يد وجه الظاهر انها ليست يد امانة صحيحة حتى لا يندفع اغتنام المسلمين من اموالهم انما لم يكن مستامنا من اسلم في دار الاسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الاولاد الصغار والمال فيء لان بتباين الدارين قاطع للعصمة فيها فظهر ثبوت الاسترقاق على الاولاد الصغار لانهم غير معصوم امافي غير الاولاد فظاهر واما غيرهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الاموال وقد بقيت

دخل المسلم او الذمي دار الحرب بامان واشترى منهم اموالا واولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الاولاد الصغار فانهن فيء لان يده صحيحة لانه مسلم فتكون يده محرزة دافعة لاحراز المسلمين اياها فاما الارضون فالوجه فيها ما استذكره ومن قاتل من جنده فنيء وامرأته لحصول الحرية وما في بيته فهو وديعة وله عند حزني له لانه ما دام في دار الحرب فيده عليها ولنا ما ذكرنا الى مسألة الكتاب قال ومن اسلم منهم الخ قوله المراد بقوله اسلم معناه في دار الحرب قيد به احراز اعماله اسلم مستأمنا من في دار الاسلام ثم ظهر على الدار فان جميع ما خلفه فيها فيء على ما ذكرناه وسواء ذلك اعلم من كونه خرج الينا او لم يخرج الينا والحكم المذكور يخص ما اذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعت انفا من ان الذي خرج فظهر على الدار وهو عندنا لا يجوز غير نيته فلا بد من تقييده ولكل من كونه في دار الحرب كونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وهو يجوز لنفسه واولاده الصغار لانهم مسلمون تبعا كما قال بالنصب عطفا على نفسه من نفد وعبيد وانا لم يقاتلوا لقوله عليه الصلوة والسلام من سلم على ماله فهو له قال محمد ثنا الثقة ثنا ابن لهيعة قال ثنا ابو الاسود عن عروة بن الزبير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اسلم على شيء فهو له احسن من هذا السند سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وهذا مرسل صحيح وروى ابو داود عن ابان بن عبد الله بن ابي حازم عن ابيه عن جده صخر بن العيلة انه عليه الصلوة والسلام غزا ثقيفا فساقه الى ان قال فدعاه اي دعا صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم ثم ساقه الى ان قال وسأل بنو الله صلى الله عليه وسلم ماء لبني سليم فانزله اياه واسلم يعني المسلمين وساقه الى ان قال فقالوا يا رسول الله اسلمنا واتيناك نستخبر اليدفع الينا ما نافي فدعاه فقال يا صخر ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم فادفع الى القوم مائهم وابان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم ياء ساكنة ثم لام ثم هاء ويقال ابن ابي العيلة ولانه سبقت يده الحقيقية اليه بالظاهرين غلبة وقوله او وديعة او دوهما في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة بنصب وديعة وعيده اي يد المودع كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وماله سواء رزع قبل ان يحصد لانه تبع للارض وقال الشافعي هو له لانه في يده فهو كالمنقول ولنا ما ذكرنا انها

وزوجته في دارها كافرة حربية لا تبعه في الاسلام وكذا عيالها في خلافا للشافعي رح هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل قلنا انه جزء منها فيفرق بينهما والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار في لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده في لانه لما تمرد صار مولى الخرج من يده فصار تبعا لاهل داره وما كان من ماله في يد حربي فهو في غصبا كان او وديعة لان يده لست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يكون فيئا قال العبد الضعيف رحمه الله كذا ذكر محمد رح الاختلاف في السير الكبير وذكره في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رح لهما ان المال تابع للنفس قد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيصير له ان مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة لانه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شرعا وقد انعدم بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للابتذال فان حكما فلم تثبت العصمة

في شرح الجامع الصغير وتقل الصدر عن بعضهم نقل الخلاف فقال وقيل هذا قول ابي حنيفة رح واما على قول ابي يوسف الآخر وفي قول محمد رح وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما وعند محمد رح تثبت وحكاه شمس الائمة على خلاف هذا فقال هذا عقاره لا يصير غنيمة في قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح استحسن فاجعل عقاره له لانه ملك محترم له كالمنقول انتهى وحكى غيره ان عندهما لا يصير فيئا وعند ابي حنيفة رح موقوف ووجهه ما ذكره المصنف بقوله ولنا ان العقار في يد اهل الدار وتسلطانها آت وهو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة بل حكما ودار الحرب ليست دار احكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يده اقوى من يد السلطان واهل الدار لانها جاءتنا شرعا سالبة لما في ايديهم فظاهرا ذكرناه من حديث ابان الشهد لكونه غنيمة فانه قال لصحة منهم ما هم ان القوم اذا اسلموا احرزوا اموالهم فسماه مالا والمراد من الماء والارض التي فيها الماء لانتفاء الماء بخصوصه الا ترى الى قوله اترك لي فانزل اياه والاستدلال لقوله عليه الصلوة والسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث لكن قد وضعت ابانا جماعة مع احتمال ان يراد حقيقة الماء وتنزل الارض تبعا فيفي لانها كافرة حربية لا تبعية في الاسلام وكذا احمالها في وان حكم باسلامه تبعا كخيار الابوين دينا خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم كالمنفصل ولنا انه جزء بانفراد فرق بر قها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره كما لو تزوج امة الغير يكون اولاده مسلمين ارقاء بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية واولاده الكبار فيفي لانهم كفار حربيون لا تبعية في الاسلام ولا خلاف في هذا ومن قاتل من عبيده فهو فيء خلافا للائمة الثلاثة رح والظاهر معهم لانه لم يخرج عن كونه ماله ولاصحابنا انه لما قاتل والفرض ان سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لاهل دارهم فتقضت تبعيته بالنسبة الى مولاه لان كمال معنى مالية بالملك واليد وعن هذا قلنا ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو فيء لارتفاع يده للغصب واليد التي خلفت ليست صحيحة ولا محترمة لان الحربي الغاصب ملكه بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة قال الفقيه ابو الليث وكذا اذا كان وديعة عند حربي عنده خلافا للائمة الثلاثة في الفصلين لاطلاق الحديث ولابي يوسف ومحمد رح في فصل الوديعة لان يد المودع كيده ولو كانت في يده حقيقة لا يكون فيئا فكذا اذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب لانه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولابي حنيفة رح ان يد الحربي ليست محترمة الا ترى انها لا تدفع يد الغانمين عن ماله فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم واورد ان يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب ان تعمل عمل الاصل وهو يد المسلم لا يوصف نفسها كما ان التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء دفع الحدث فيكون المال معصوما بالعصمة صاحبه اجيب بوجهين احدهما ان المال في الاصل غير معصوم بل على الاباحة وانما انتقصم تبعا لعصمة مالك وتبعيته له في العصمة انما ثبتت اذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة او حكما مع الاحترام وكلاهما منتف هنا وبهذا اندفع ما يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكمية محترمة وغير محترمة هي يد الحربي الحقيقة الثاني ان قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي فاعتبار الحكم ان اوجب العصمة فالحقيقي اولى والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك ويرد على هذا منع انها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت في حين اسلم للاجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي والنص اوجب في ملكه العصمة بالاسلام واما ما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فقال الحسن هو فيء عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقال بهذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكره في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة رح وفي بعض النسخ وقالا لا يكون فيئا الى ان قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد رح فلا شك ان هذا انكار لا معنى له ثم قال في النهاية انه تتبع النسخ والصحيح منها

واذا اخرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة انما كانت باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم عن الشافعي لما قلنا وعنه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص لنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان حق به قبل الاحراز قلنا بعد القسمة تفيد قوله ان كانوا اغنياء انتفوا به ان كانوا محاويج صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين ان كانوا انتفوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة في الغنى يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه فصل في كيفية القسمة قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول يستغني الخمس

ان لحال او كان عصبانيا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا لان رواية السير الكبير على ما ذكر الامام شمس الائمة السرخسي وفي المحيط ولم يذكر فيها قول ابي يوسف مع محمد لان فخر الاسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند حربي او غصبا عند مسلم او ذمي صح ذلك فهو فيء وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يكون فيئا وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير قاضي خان والتمرتاشي وغيرهما ان المال تابع للنفس وقد صارت محصنة باسلام مالكه او ذمي فكذا ماله ان مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام بل معه بسبب اندفاع شر به فانما هو محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا حمل للامانة واباحة التعرض كان لعارض شره فلما اندفع بالاسلام عاد الاصل بخلاف المال فانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك في الاصل وليست في يده في حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس في يده فلم تثبت العصمة فكان مباحا بخلاف ما لو كان في يد المسلم او الذمي وديعة فانه في يد مالكه حكما مع الاحراز فلم يكن فيئا وما تقدم من ان الملك تم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره ابو الليث يقتضي ان يزول ملكه الى المسلم بل الغاصب وح لا يكون مباحا اللهم الا ان يقتصر على انقضاء الملك بزوال اليد وقوله وليست في يده حكما ابت على تاويل الاموال فرع اسر العدو عبدا ثم اسلموا او اعتقوه لم يعد ثم اسلموا لا يعتقونه لانه مال اسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جنى جناية او اتلف متاعا لزمه قيمته لبطلت الجناية ولزم الدين لان حق ولي الجناية في رقبته فلا تبقى بعد زوال ملك المولى الاترى انه لو زال ملكه بالبيع او الهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية واما الدين ففي ذمته فلا تبطل عنه بتبدل الملك وهذا لان الدين شاغل لما لتيته فانما ملكه مشغولا به فلو اشتراه رجل منهم او اصابه المسلمون في غنيمة اي ولم يسلم مولاه فاخذه المولى بالقيمة او الثمن فان الجناية لا تبطل عنه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال قوله واذا اخرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة اندفعت والاباحة التي كانت في دار الحرب انما كانت باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج ومن فضل معه لطعام او علف يرده الى الغنيمة معناه اذا لم يكن قسمة الغنيمة في دار الحرب بشرطه وهو انتفع به قبل قسمتها بعد الاحراز يرد قيمته وهو قول مالك واحمد والشافعي في قول وعنه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص وهو الواحد الداخل والاثنان الى دار الحرب اذا اخذ شيئا فاخرجه يختص به قلنا مال تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه دائما حق قبل الاخراج وبعده واما بعد القسمة فيقصد قوله ان كان قائما بقيمته ان كانوا باعوه هذا اذا كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين لتفرقهم وان كانوا انصرفوا فيه فلا شيء عليهم وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الاحراز يتصدق بها الغني لا الفقير

فصل في كيفية القسمة

قيل لما بين احكام الغنيمة شرع في بيان قسمتها ولا يخفى ان من احكام الغنيمة وجوب قسمتها وانما افرده بفصل على حدة لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة الى غيره من الاحكام قوله والقسمة جعل النصيب شائعا معينا قوله ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها اي من القسمة بين الغانمين ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين هذا قول القدوري وقال المصنف لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس اي لم يخرج الخمس من ان يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للاخراج وهو من استثنيت الشيء اي رويته لنفسي فهذا يرجع الى قول الله تعالى لا قسمة الامام بل الخمس داخل في قسمته او حاصل بيان قسمتها هو ان يعطى خمسها لليتامى والمساكين وابن السبيل

ويقسم اربعة اخماس بين الحاضرين لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عندنا ان صح وقالا للفارس ثلثة اسهم وقول الشافعي لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللرجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة ما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فعارض فعلاه فيرجح الاول وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم

على ما سياتي ويسمى الاربعة الاخماس للغانمين فعند ابي حنيفة رحمه الله للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما وهو قول مالك والشافعي واحمد واكثر اهل العلم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهم لما روى عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما لفظ البخاري واخرجه الستة الا النسائي رحمه الله وفي مسلم عنه قسم في النفل للفرس سهمين وللرجل سهما وفي رواية باسقاط لفظ النفل وفي رواية اسهم للراجل وللفرس ثلاثة اسهم سهم لفرسه وهذه الالفاظ كلها تبطل قول من اول بن الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان بل في بعض الالفاظ القائمة قسم خيبر على ثمانية عشر سهما وكانت الرجالة الفا واربعمائة والخيل مائتين وعن ابن عباس رضي الله عنه مثله ولان الاستحقاق بالغناء وهو بالمد والفتح الاجزاء والكفاية وغناء الفارس اكرامي الجملة على الاعداء والفر الكائن للكرة او للمحاربة في موضع يجوز الفرار وهو اذا علم انه مقتول ان لم يفر كما يترتب المعنى عند في قوله تعالى فلا تولوهم ادباركم الى التهلكة والثبات وليس للراجل الا الثبات فاغنى في ثلاثة امور والراجل في واحد عنها واستدل المعول لابي حنيفة بحديث ابن عباس رضي الله عنهما اعطى الفارس سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس رضي الله عنهما بل الذي رواه اسحق بن راهويه في مسنده قال حدثنا محمد بن الفضل بن غزوان ثنا الحجاج عن ابي صالح عن ابن عباس قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما واخرجه ايضا من طريق ابن ابي ليلى عن الحكم عن ابن عباس نحوه في حديث الخمس برواية غير واحد من الائمة لكن في هذا احاديث منها ما في ابي داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري قال قال سمعت ابي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عمه مجمع بن جارية الانصاري وكان احد القراء الذين قرؤا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس يهزون الاباعر فقال بعض الناس لبعض مالناس قالوا اوحي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرا عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله افتح هو قال نعم والذي نفس محمد بيده انه لفتح فقسمت خيبر على اهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسمائة فيهم ثلثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل سهما قال ابو داود وهذا وهم انما قالوا اتى فارس فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه سهما وقال الشافعي انما قال فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه واعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب واما انه مجمع الراوي عنه فثقة ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو رضي الله عنه انه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم في مسنده الواقدي واخرج الواقدي البصافي المغازي عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بني قريظة فارسا فضربني سهم والفرس لسهم واخرج ابن مردويه في تفسيره ثنا محمد بن محمد السري ثنا المنذري بن محمد بن ثنى ابي ثنا يحيى بن محمد بن هانى عن محمد بن اسحق قال ثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت اصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق فاخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما منها حديث ابن عمر رضي الله عنهما الذي عارض به المصور رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا ابو اسامة وابن نمير قال ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما انتهى ومن طريقه رواه الدارقطني وقال قال ابو بكر النيسابوري هذا عندي وهم من ابي شيبة لان احمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره وعن ابي اسامة خلاف هذا يعني ان اسهم للفارس ثلاثة اسهم ثم اخرجه عن نعيم ثنا ابن المبارك عن عبيد الله

وقد روى عن ابن عمر ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا تعارضت الروايات ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناء الراجل فيتفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة للتعذر معرفته فبدار الحكم على سبب ظاهر والفارس سبب ان النفس والفرس للراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه

بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك ان نافعا اسقاد ابن المبارك من ثبت الناس واخرج ايضا عن يونس بن عبد الاعلى ثنا ابن وهب اخبرني عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما كان يسهم للفارس سهمين وللراجل سهما وقال وتابعه ابن ابي مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبيد الله بن عمر العمري ورواه التعيني عن العمري بالشك في الفارس او الفرس ثم اخرجه عن حجاج بن منهال ثنا حماد بن سلمة ثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد بن حماد روى حديث عبيد الله متعارضا الكرخي لكن رواية البيهقي عند اثبت وروى الدارقطني ايضا في كتابه المؤتلف والمختلف ثنا عبد الله بن محمد بن اسحق المروزي ومحمد بن علي بن ابي رواية قالا ثنا احمد بن عبد الجبار ثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن ابي سين عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر في فعله عليه الصلوة والسلام مطلقا انظرنا الى تعارض روايته غير ابن عمر ايضا ترجح النفي بالاصل وهو عدم الوجوب بالمعنى المعهود ان الكر والفر جنس واحد والثبات جنس واحد فهما اثنان للفارس وللراجل احدهما فلم تضعف ماله ولان الزيادة ليست الا بالزيادة في الغناء ضرورة واذا تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة لان كم من راجل نفع فيه من فارس ولا يستنكر زيادة غناء راجل عن فارس فانما يدار الحكم على سبب ظاهر للفارس سببان في الغناء نفسه وفرسه وللراجل نفسه فقط فكان على النصف وقول السهو اذا تعارضت روايتان ترجح رواية غيره يريد ابن عباس وعلمت ما فيه فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث مجاهد ابن عمر في البخاري فهو اصح فلنا قد منا غير مرة ان كون الحديث في كتاب البخاري اصح من حديث آخر في غيره مع فرض ان رجاله رجال الصحيح اورجال روى عنهم البخاري تحكم محض لا نقول به مع ان الجمع وان كان احدهما اقوى من الآخر اولى من ابطال احدهما وذلك فيما قلنا يحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان اعمالهما اولى من اعمال احدهما بعد كونه سند اصحيحا على ان روى من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الاعلى وذكرنا من تابعه واما قوله لتعارض فعلاه فرجع الى قوله يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف ويحطى من محمد او لابن ابي شيبة ثم هو وان تقدم لدى سجود السهو من قوله لتعارضت روايتا فعله ولنفي التمسك لقيل لهم ما تقدم هناك سبب انه يفيد ان المصير اولا الى الفعل فاذا تعذر التمسك يصح المصير الى القول وليس كذلك هذا واعلم ان مخارج الحديث الثلاثة الكثيرة فانه روى من حديث ابن عمر اخرجه ابو داود ومن حديث ابن ابي عمرة عن ابيه والطبراني من حديث ابي رهم وهو مختلف في صحبته واخرجه ايضا من حديث ابي كبشة الانماري والبزار من حديث المقداد واخرجه اسحق بن راهويه من حديث ابن عباس كذا الطبراني وابو عبيدة القاسم بن سلام واخرجه احمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبيد الله بن الزبير واخرجه الدارقطني ايضا من حديث جابر واخرجه ايضا من حديث ابي هريرة واخرجه ايضا من حديث سهل بن ابي حثمة وهي مع انها لم تسلم من المقال تنتهض مؤيدة لما ذهبنا اليه قال ابو حنيفة رحمه الله لما علمت ان ورود الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة ونقض حديث ابن عمرة ابتداء رسول الله صلى الله عليه وسلم لمرثد نقضه ومعنا فرسا نيا فيه وكذا احمد انه عليه الصلوة والسلام اعطى الزبير سهما وفرسه سهمين وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فاعطى الفارس ثلاثة اسهم واعطى الراجل سهما هذا ظاهر في انه ليس امرا مستمرا لانه قال كان عليه الصلوة والسلام وقضى عليه الصلوة والسلام ونحوه فلما قال غزاة وقد علم انه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل لغزاة منها كان ظاهرا في ان غيرها لم يكن كذلك نعم في رواية الدارقطني

ولا يسهم لاكثر من واحد وقال ابو يوسف رح يسهم لفرسين لما روى ان النبي عليه السلام اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله عليه السلام الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فليسهم لواحد لهذا الا يسهم لثلثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

الحديث الزبير اعطاني يوم بدر وفي رواية له اخرى عنه يوم خيبر ولا ينافي اذا جاز كونه قسم له ذلك فيهما واما في حديث سهل بن ابي حثمة اذ شهد حنينا فاسهم لفرسه سهمين وله سماه في حديث عبد الله بن ابي بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق في غزوة قريظة انه عليه الصلوة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة اسهم له سهم ولفرسه سهمان لا يقتضي ان ذلك مستمر منه عليه الصلوة والسلام وقد بقي حديث بني المصطلق عن عائشة رض وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة واما حديث ابي ليشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اني جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما فمن نقصهما نقصه الله تعالى فلم يصح لان راويه محمد بن عمران القيسي اكثر الناس على تضعيفه وتوهينه قوله ولا يسهم الا لفرس واحد اذا دخل دار الحرب لفرسين او اكثر وبه قال مالك والشافعي رض وقال ابو يوسف رض وهو قول احمد يسهم لفرسين فيعطى خمسة اسهم سهم له وار بعة اسهم لفرسيه ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية عن ابي يوسف رض وانما هو في رواية الاطراف عنه فاستدل المصنف لذلك بما روى انه عليه السلام اسهم لفرسين وبما روى من حديث ابي عمرة بشير بن عمرو بن محصن قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي اربعة اسهم ولي سهما فاخذت خمسة اسهم رواه الدار قطني ومن حديث ابن الزبير اخرجه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمي اخبرنا صالح بن محمد عن مكحول ان الزبير حضر خيبر لفرسين فاعطاه النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعي عن مكحول منقطعا وقال به وقال الشافعي في وجه وهشام اثبت في حديث ابيه الى ان قال واهل المغازي لم يردوا انه عليه الصلوة والسلام اسهم لفرسين ولم يختلفوا انه عليه الصلوة والسلام حضر خيبر بثلثة افراس السكب والضرب والمرجز ولم يأخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن ابيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رض قال اعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر اربعة اسهم سهمين لفرسي وسهما لي وسهما لامي من ذوي القربى ومن رواية هشام بن عروة ايضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر للزبير بن العوام باربعة اسهم سهم له وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وبهذا احسن الا ان قوله اهل المغازي لم يروا انه اسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدي في المغازي ثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وقال ايضا حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن ابي صعصعة عن الحارث بن عبد الله بن كعب ان النبي صلى الله عليه وسلم قاد في خيبر ثلثة افراس للزاز والضرب والسكب وقاد الزبير بن العوام افراسا قاد حراش بن الصمت فرسين وقاد البراء بن اوس فرسين وقاد ابو عمرة الانصاري فرسين فاسهم عليه الصلوة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة اسهم اربعة لفرسيه وسهما له وما كان اكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد وثبت ذلك انه اسهم لفرس واحد ولم يسهم انه صلى الله عليه وسلم اسهم لنفسه الا لفرس واحد اي هنا كلام الواقدي مع اختصاره وقال سعيد بن منصور ثنا فرج بن فضالة ثنا محمد بن الوليد الزبيدي عن الزهري ان عمر بن الخطاب رض كتب الى ابي عبيدة رض ان اسهم لفرس سهمين وللفرسين اربعة اسهم ولصاحبها سهما فذلك خمسة اسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنايب وقال سعيد ايضا ثنا ابن عياش عن الاوزاعي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين واما ما ذكره المصنف عن البراء بن اوس انه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه حاذكرناه عن الواقدي رحمه الله وذكرناه ابن منده في كتاب الصحابة قال روى محمد بن قمر عن محمد بن عمر والمدني عن يعقوب بن محمد زيد

والبراذين والعتاق سواء لان الاوهاب مضافة الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وهم العجم فيتناول الكل ويطلق على البراذين والعتاق والمجنبة المقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والبرذون عكسه ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستووا ومن دخل دار الحرب فارسا فتق فرسه اي هلك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل فارسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي رحمه الله على عكسه في الفصلين هكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمه الله في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال القضاء اكرب لان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت لقصد القتال بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه لو تعذر او تعسر لحق بتمام الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلتحمهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعذر فكذا على شهوده الوقعة لانه حال التقاء الصفين فيقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا فاذا كان على قصد القتال فيعتبر في الشخص حالة المجاوزة فارسا كان او راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق

بن عصعصة عن ابيه الزبرقان اوس انه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب لي خمسة اسهم الا ان هذا غريب وقال مالك في الموطا سألت السمع بالقسم الا الفرس الواحد واستمر العمل على طريقة حمل الزائد على التنفيل قال كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل حديثه في مسلم قال قدمنا المدينة فنلت الحديبية بالحاء المهملة الى ان قال فلما اصبحنا قال عم خير فرساننا اليوم ابو قتادة وخير رجالتنا سلمة بن الاكوع ثم اعطاني سهمين سهم للفارس وسهم للراجل فجمعهما الي جميعا ورواه ابن حبان وقال كان سلمة بن الاكوع في تلك الغزاة راجلا فاعطاه ثلاثة اسهم سهما للراجل وسهمين للفارس وقال كان سلمة قد استنفد نصاح النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدي فحدثت به سفيان فقال حفظ بالنبي صلى الله عليه وسلم قال القاسم وهذا عندي اولى من حمله على انه اعطاه من سهمه والاسلم سهم فقلايل هبته وغيره سلمة والنصاح مفصل في السيرة قوله والبراذين وهي خيل العجم واحدها برذون والعتاق جمع عتيق كما في الصحاح وهي كرام الخيل العربية هما سواء في القسم فلا تفضيل احدهما على الاخر وكذا الافضل العتيق على الهجين وهو ما يكون ابوه من البراذين وامه عربية ولا على المقرف وهو ما يكون ابوه عربيا وامه برذونة قيل انما ذكر هذا لان من اهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا شاذا واحتج فيه ما ذكر في الكتاب من ان اطلاق الخيل يشملها وكذا الارهاب لان في كل خصوصية ليست في الاخرى والعتيق ان فضل بجودة الكر والفر فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه الين عطفا من العربي غير صحيح لان هذا دائر من السليم والعربي اقبل للادب من العجمي من الخيل وكون احد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمي بعيد ويمكن ان يكون ذكره لما روي عن عمر رضي الله عنه فضل اصحاب الخيل العربية على المقارف وفي سيرة ابن هشام حدثني ابو عبيدة قال كتب امير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه الى سلمان بن ابي ربيعة الباهلي وهو بارمينية يامره ان يفضل اصحاب الخيل العراب على اصحاب الخيل المقارف في العطاء فعرض الخيل فمر به فرس عمرو بن معدي كرب فقال سلمان فرسك هذا مقرف فنقب عمر وفقال سجين عرف هجينا مثل نوشب لبيد قيس يعني ابن مشكوح فتوعده فقال عمرو ه اقوعدني كانك ورعين ٭ يا فضل عيشة اود ونواس ٭ وكاين كان قبلك من نعيم ٭ ملك بت في الناس راسي ٭ قديم عهده من عهد عاد ٭ عظيم قاهر الجبروت قاسي ٭ فاسمي اهل باد واهل حاسي ٭ يجل من الناس في الناس قوله ومن دخل دار الحرب

فتفق فرسه اي هلك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى في دار الحرب فرسا فقاتل فارسا عليه استحق سهم راجل وجواب الشافعي رحمه الله على عكسه في الفصلين وهكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن ابي حنيفة رحمه الله اي فيما اذا دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل عليه ان له سهم فارس وظاهر المذهب الاول والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب عنده حال الحرب لان السبب في استحقاق الغنيمة اذا وجدت هو القتال فيعتبر حال الشخص المستحق عنده دون المجاوزة لانها انما هي وسيلة الى السبب اي العلة الحقيقية كالخروج من البيت لقصد القتال في دار الحرب فانه وسيلة الى السبب وحال الغازي عند ذلك بالاتفاق لا يغير فكذا عند المجاوزة والدليل على ان المعتبر حال القتال تعلق الاحكام به لا حاجة الى استحقاق الغنيمة اذا قاتل الصبي او العبد وغيرهما فانهم يستحقون الرضخ فظهر اعتبار شهوده حقا في استحقاق الغنيمة فانه غير متعذر ولو تعذر او تعسر فشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال من المجاوزة ولان المجاوزة نفسها من القتال لانهم يلتحمهم الخوف بها والاغاظة والحال بعدها حال بقاء القتال لانه تنوع القتال الى المجاوزة الى دورهم وسكوتها قهرا بالمنعة لا لعجزهم وانما لم يكن شهود المسافة ولا معتبر بحال الدوام ولان الوقوف على حقيقة

ولو دخل فارسا فباع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان كذا اذا باع عامة المشايخ والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة وانه يتيسر ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام

القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال شغل شاغل لكل احد فيتعذر على الامام استئذانه بنفسه او بشهادة العدل بخلاف الرضخ لان كل فرد يسقط اعتباره بخلافه في حق افراد قليلة من الناس كقتال الصبي والعبد فاديرت في حقهم عليه دون سائر الناس فيقام في حق الكل السبب المفضي الى القتال ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة واما قيل في التعذر بان الشهادة من اهل العسكر لا تقبل للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لان الشاهد على ان هذا قاتل فارسا لا يجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا لانه ينقص سهم نفسه فهو متهم في نفسه اولا الضرر وشركته في اصل المغنم ليست متوقفة على شهادة هذه الا يرى الى ما في الحديث من قول ابي قتادة ومن يشهد لي حتى جعل عليه الصلوة والسلام السلب للقاتل في حنين فشهد له واحد فاعطاه اياه وقال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة ولانه لا اهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزواته عليه الصلوة والسلام لو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان او المتجرد او لانه في سفينة ودخل فيها بفرسه ليقاتل عليها اذا خلص الى بر بهم فلاقوهم قبله فقاتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهبه او آجره او رهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يقصد بالمجاوزة بالفرس القتال عليه بل التجارة به وبسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس بالاتفاق وكذا اذا باعه حال القتال لا يسقط عند البعض قال المصنف الاصح انه يسقط لان ظهر ان قصده التجارة وانما انتظر حالة الغرة وعورض بان تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لان تلك الحالة حالة طلب النفس التحسن فيها فيجب فيها دليل على ازعزاله غرض الان فيه اما لانه وجده غير موافق له فرجا ان يقتله لعدم ادبه او غير ذلك لان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه اذ ذاك انتظار الحالة الرغبات في الشراء وفي المحيط لو جاوز لفرس لا يستطيع القتال عليه للبره او ضعفه او نزاله لا يستحق سهم الفرسان وان كان الفرس مرتضيا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فرس مغصوب او مستعار او مستأجر ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية له سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز لفرس لقصد القتال عليه ترجح الاولى الا ان يراد في اجراء السبب لفرس مملوك وهو ممنوع فانه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا قوله لا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم ويعطون قليلا من كثير فان الرضخة في الاعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكنه دونه على حسب ما يرى الامام وسواء قاتل العبد باذن سيده او بغير اذنه والمكاتب كالعبد لما ذكر في الكتاب وقد استدل المصنف بان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم الخ اخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحروري الى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل للقسم لهما فكتب اليه ان لا سير لهما شيئا لا ان يجذيا وفي ابي داود عن يزيد بن هرمز كتب نجدة الحروري الى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انا كتبت كتاب ابن عباس الى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان يقرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن اخرج ابو داود والترمذي وصححه عن ابن عمر مولى ابي اللحم قال شهدت خيبر مع سادتي الى ان قال فاخبر اني مملوك فامر لي بشيء ولم يضرب لي ذاود والنسائي عن جدة حشرج بن زياد ابن ابنه انها خرجت في غزوة خيبر مع ستة نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث الينا فجئنا فرأينا في وجهه الغضب فقال مع من خرجتن فقلن يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله

لما روى انه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد لكن كان يرضخ لهم ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني انه لم يسهم لهم لان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه وهذا المعنى يلحقهما فرضه العبد لا يمكنه المولى والى منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم

ومعنى دوار للجارية وتناول السهام وتسقي السويق قال فمن حتى اذا فتح الله عليه خيبر اسهم لنا كما اسهم للرجال وبه قال الاوزاعي فقال الخطابي اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره انه بجماله رافع وخرج عن روايته وقال الطحاوي يحتمل انه عليه الصلوة والسلام استطاب انفس اهل الغنيمة وقال غيره يشبه انه انما اعطاهن من الخمس الذي هو حقه هذا ويمكن ان يكون كون التشبيه في اصل العطاء وارادت بالسهم ما خصص به والمعنى خصصنا بشيء كما فعل بالرجال واتمام بلغ بهولاء الرجالة منهم سهم الرجال ولا بالفارس سهم الفرسان لانهم اتباع فحول في سبيله حيث لم يفرض على احد منهم في غير التنفير العام في غير الصبي ويزيد الذمي بانه ليس اهلا لكون الجهاد عبادة وليس هو من اهلها ومن الامور الاستحسانية اظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والاصل بخلاف السوقي في العسكر والمستاجر لخدمة الغازي اذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا وتسقط حصة زمن القتال من اجرة الاجير لانهما من اهل فرض فلا يكونان تبعا في حق الحكم بل في السفر ونحوه ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعي واحمد وفي قول له وهو رواية عن احمد من اربعة الاخماس وفي قول الشافعي من خمس الخمس وقال مالك من الخمس ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل وكذا الصبي والذمي لانهم يقدرون على القتال اذا فرض الصبي قادرا عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه بخلاف المرأة فانها تعطى بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر وان لم تقاتل لانها عاجزة عنه فاقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة امانها لثبوت شبهة القتال منها والامان يثبت بالشبهة احتياطا فيه ولا يرد اعطاء الذمي اذا لم يقاتل بل دل على الطريق بان ذلك ليس رضخا بل بمقام الاجرة ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمله ذلك يزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يسوغ في حمل الجهاد بين من يصح منه ويوجد عليه ومن لم يقبله الله منه ولا يصح له فلذلك لم يبلغ به السهم كما ذكره المصنف قالوا والسهم مرفوع البتة لانه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الاكثر واما من يجيز اقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجوز نصبه ويكون النائب لفظ به وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعي وابن المنذر وجماعة لا يجوزون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها ان عليه الصلوة والسلام خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جراة ونجدة فقال له عليه الصلوة والسلام تومن بالله ورسوله قال لا قال ارجع فلن نستعين بمشرك الحديث الى ان قيل له في المرة الثالثة نعم الطلق وعن حبيب بن اساف قال اتيت انا ورجل من قومي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم انا نستحي ان يشهد قومنا مشهدا الا نستعين معهم فقال اتسلمان فقلنا لا قال فانا لا نستعين بالمشركين قال فاسلمنا وشهدنا معه قال فقتلت رجلا وضربني ضربة وتزوجت بنته بعد فكانت تقول لا عدمت رجلا وشحك هذا الوشاح فاقول لا عدمت رجلا عجل اياك الى النار رواه الحاكم وصححه وقول المصنف ولما استعان عليه الصلوة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم يفيد معارضة هذه الاحاديث والمذكور في ذلك حديث ابي يوسف اخبرنا الحسن عن غارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم يهود فينقاع فرضخ لهم فلم يسهم لكن تفرد به ابن غارة وهو ضعيف واستدل الواقدي الى محيصة قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم لعشرة من يهود المدينة فغزا بهم اهل خيبر واسهم لهم كسهمان المسلمين يقال اجرا هم ولم يسهم لهم واستدل الترمذي الى الزهري قال اسهم عليه الصلوة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معهم وهو منقطع وفي سنده ضعف مع ان يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهري وقتادة شيئا ويقول هي بمنزلة الريح ولا شك ان هذه لا تقاوم احاديث المنع في

فالمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة ترضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فتقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال الذي انما يرضخ له اذا قاتل ودل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الكل اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا نسوي بينه وبين المسلم في حكم الجهاد

القوة فكيف تعارضهما وقال الشافعي رده صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان في غزوة بدر ثم انه عليه الصلاة والسلام استعان في غزوة خيبر بيهود من بني فيقاع واستعان في غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن امية وهو مشرك فالرد ان كان لاجل انه مخير بين ان يستبين به وان يرده كما فعله والسلم للمعنى يخافه فليس واحد من الحديثين مخالفا للآخر وان كان لاجل انه مشرك فقد نسخ بما بعده ولا باس بان يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولا ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم لهم ولعل رده من رده في غزوة بدر رجاء ان يسلم قوله فاما الخمس الذي تقدم انه يخرج اولا فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم فيقدمون على غيرهم لان غيرهم من الفقراء يتمكنون من اخذ الصدقات وذوي القربى لا يحل لهم هذا راي الكرخي وسياتي راي الطحاوي ان يدخل فقراء اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون اغنيائهم واليتيم صغيرا لا اب له والمساكين منهم في سهم المساكين وفقراء ابناء السبيل من ذوي القربى في ابناء السبيل فان قيل فلا فائدة ح في ذكر سهم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتيم اجيب بان فائدته دفع توهم ان اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحق ونحوه ما ذكر في التاويلات للشيخ ابي منصور لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القران اجاب بان افهام بعض الناس قد تفضي الى ان الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا يحل لهم وفي التخصيص بهذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات وقال الشافعي لذوي القربى في خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ولقول الشافعي قال احمد وعند مالك رح الامر مفوض الى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء اعطى بعضهم دون بعض وان شاء اعطى غيرهم ان كان امر غيرهم اهم من امرهم ولقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وتكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من القرابات ونحن نوافقه على ان القرابة المرادة هنا تخص بني هاشم وبني المطلب فالخلاف في دخول ابني من ذوي القربى وعدمه وقال المزني والثوري يستوي فيه الذكر والانثى ويدفع للقاضي والثاني وهو ظاهر اطلاق الفصل اطلاق قولهم ولذي القربى بالفصل بين الغني والفقير ولان الحكم المعلق بوصف يوجب ان مبدأ الاشتقاق علة له والتفصيل فيها بخلاف اليتامي فانهم لم يشترطوا فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا معنى بها بخلاف ذوي القربى ثم لا تنتفي مناسبتها بالغنى لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة ولنا ان الخلفاء الراشدين رض قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ثم انه لم ينكر عليهم ذلك احد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام في اثباته فروى ابو يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس ان الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلوة والسلام على خمسة اسهم لله وللرسول سهم ولذي القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق قال سالت ابا جعفر يعني محمد بن علي فقلت ارايت علي ابن ابي طالب رضي الله عنه حيث ولي العراق بما ولي من امر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى قال سلك به والله سبيل ابي بكر وعمر فقلت وكيف وانتم تقولون ما تقولون فقال ام والله ما كان اهله يصدرون الا عن رايه قلت فما منعه قال

واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى ومسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيسهم ويعدل من ولاية الامام الى اختيار ال الشافعي لهم حيث خمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لهما شم وبنى المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير

كره والعدان يدعى عليه بخلاف سيرة ابى بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يثبت فيه وبه يسقط رواية ابى يوسف عن النبى فان الكلبى ضعيف عند اهل الحديث الا انه وافق الناس وانما الشافعى يقول لاجماع بمخالفة اهل البيت وحين ثبت هذا حكمنا بانه انما فعله لظهور الصواب لانه لم يكن يميل الى ان يخالف اجتهاده لا اجتهادهما وقد علم انه خالفهما فى اشياء لم توافق رايه كبيع امهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا انه رجع الى رايهما ان كان ثبت عنه انه كان يرى خلافه وبهذا اندفع ما استدل به الشافعى عن ابى جعفر محمد بن على قال كان رأى على فى الخمس رأى اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر قال ولا اجماع بدون اهل البيت لان ما منع ان فعل كان تقيته من ان نسب اليه خلافهما وكيف وفيه منع المستحقين عن حقهم فى اعتقاده ولم يكن منعه الا لرجوعه وظهور الدليل وكذا ما روى عن عباس رضى الله عنه انه كان يرى ذلك محمول على انه كان فى الاول كذلك ثم رجع فان لم يكن رجع فالاخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم النكير من احد اولا فان قيل لو منع ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوى القربى السلا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو مخالف الكتاب والفعله عليه الصلوة والسلام لانه اعطاهم بلا شبهة اجاب على قول الكرخى ان الدليل دل على ان السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلوة والسلام انما نحن بنى هاشم الحديث وهو بهذا اللفظ غريب وتقدم فى الزكوة واسند الطبرانى فى معجمه ثنا معاذ بن المثنى ثنا مسدد ثنا عبد الله بن سليمان وساق السند الى ابن عباس رضى الله عنهما قال بعث نوفل بن الحارث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما لعله ان يستعين بكما على صدقات فاتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبراه بحاجتهما فقال لهما لا يحل لاهل البيت من الصدقات شئ ولكن غسالة ايدى ان لكم فى خمس لما يغنيكم ويكفيكم ورواه ابن ابى حاتم فى تفسيره ثنا ابى ثنا ابراهيم بن مهدى المصيصى ثنا معتمر بن سليمان به بلفظ رغبت عن غسالة ايدى الناس ان لكم فى خمس الخمس لما يغنيكم وهذا اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع فى عبارة بعض المتاخرين ثم فى كون العوض انما يثبت فى حق من ثبت فى حقه المعوض ممنوع ثم هذا يقتضى ان المراد بقوله ولذى القربى فقراء ذوى القربى فيقتضى اعتقاد استحقاق فقرائهم وكونهم مصارف مستمرا ومنافيه اعتقاد حقيقة منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر ما رويناه انهم لم يعطوا ذوى القربى شيأ من غير استثناء فقرائهم وكذا بناء فيه اعطاؤه عليه الصلوة والسلام الاغنياء منهم كما روى انه اعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون وقول الصنم والنبى صلى الله عليه وسلم اعطاهم للفقرة الزيد فع السؤال الثانى لكن يوجب على ما قبله لان الحاصل ح ان القرابة المستحقة هى التى كانت لنصرته وذلك لا يخص الفقير منهم ومن الاغنياء ومن اخر عليه الصلوة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء ان يعطوهم وهو خلاف ما تقدم عنه انهم لم يعطوهم بل حضروا القسمة فى الثلاثة ويمكن ما سيرويه فى تصحيح قول الكرخى ان عمر رضى الله عنه اعطى الفقراء منهم سهامهم اذ لم يعرف اعطاء عمر لقيد الفقر ويأتى المروى فى ذلك ابو داود وعن سعيد بن المسيب ثنا جبير بن مطعم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبنى عبد شمس ولا لبنى نوفل من الخمس شيأ كما قسم لبنى هاشم وبنى المطلب قال وكان ابو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير انهم لم يكن يعطى قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبى صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه واخرج ابو داود ايضا عن عبد الرحمن ابن ابى ليلى سمعت عليا قال اجتمعت انا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبى صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ابت ان تولينى حقنا فى هذا الخمس فى كتاب الله اقسمه فى حياتك

ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلثة اسهم على نحو ما قلنا ولفيء قسمة واحدة وقال عليه السلام يا معشر قريش ان الله تعالى انزل كم غسالة الناس واوساخهم عوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل على ان المراد من النصر قرب النصرة لا قرب القرابة **قال** فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه

كيلا يثار غنى احد لعدك فافعل قال ففعل ذلك فقسمه حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية ابي بكر رضي الله عنه حتى كان آخر سنة من سنين عمر فاتاه مال كثير فنزل حتى ثم ارسله الى فقلت بنا العام غنى وبالمسلمين اليه حاجة فاردده عليهم فرده ثم لم يدعني اليه احد بعد عمر فلقيت العباس بعد اخرجت من عند عمر فقال يا علي جرت بيننا العداة شيا لا يرد علينا وكان رجلا ذا هيبة فهذا ليس فيه تفنيد الا عطاء لفقير المعطى منهم وكيف والعباس كان من يعطى ولم يصف بالفقر مع ان الحافظ المنذري ضعف هذا فقال وفي حديث جبير بن مطعم ان ابا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي انه قسم لهم وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب ان يعول عليه على اعتقاد ان الراشدين لم يعطوا ذوي القربى ان ذوي القربى بيان مصرف الاستحقاق على ما هو المذهب الا لم يجز لهم شيء بعده عليه الصلوة والسلام وذلك ان القربى وان قيدت بالنصرة المواريث في الجاهلية فانهم تبعوا بعده عليه الصلوة والسلام فكان يجب ان يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان انهم مصارف اي ان كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كان يعطي تمام الخمس لابن السبيل وان يعطي ثمانية للتيامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين ان يصرفوهم الى غيرهم خصوصا وقد راوهم اغنياء متمولين اذ ذاك وراوا صرفه الى غيرهم انفع ونقول مع ذلك ان الفقير منهم مصرف ينبغي ان يقدم على الفقراء كما قدمناه ويدفع قول الطحاوي انهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة يمنع كون الخمس كذلك بل هو مال الله لان الجهاد حقه اضافة اليهم لاحق لنا لذا اداؤه طاعة له ليصير صرفه وسخاء يدل على بطلانه انه عليه الصلوة والسلام لم يصرفه لهم في حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشكل على هذا ان مقتضاه كون الغني من ذوي القربى مصرفا غير ان الخلفاء لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه لانه لو كان الغني مصرفا صح الصرف اليه واجزى لان المصرف من يجب اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس غني ذوي القربى عندهم كذلك هذا واما انه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف كان للنصرة فلما في ابي داود وغيره بسنده الى سعيد بن المسيب قال اخبرني جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني عبد المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلوة والسلام انا وبنو عبد المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه اشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرة المؤازرة والموافقة في الجاهلية فانه ليس في ذلك نصر قتال فهو يشير الى دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على حجر ان بني هاشم وان لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة في السير مشهورة وعن هذا استحقت ذراريهم مع انه لا يأتي نصرة منهم فقال وشرح قوله قرابتنا واحدة انه عليه الصلوة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد اعني عبد مناف اولاد هاشم الذي ذريته النبي صلى الله عليه وسلم والمطلب نوفل وعبد شمس فكان قرابته كل من نوفل وبني عبد شمس والمطلب منه عليه السلام واحدة فمقتضى استحقاق ذوي القربى ان يستحق الكل على قول الشافعي او يكون فقراء الكل مصارف على قولنا فبين عليه الصلوة والسلام ان المراد القرابة التي تحقق منها ذلك لنصرة السابقة ومنع الراشدين لهم ليس بناء على عدم الاستحقاق بل انهم مصارف وراء غيرهم اولى منهم على ما ذكرنا **قوله** فاما ذكر الله الخ لما فرغ من بيان سهم ذوي القربى شرع يبين حال سهم الله وسهم الرسول فذكر ان سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فان لله خمسه للرسول الكل او كذا ان له سجانه سهما كما للكل من الاصناف بسهم بل ذكر لافتتاح الكلام

وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شئ كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا قال الفقر قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي رح سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرم كما حرم العمالة وجه الاول قيل هو الاصح ان عمر رض اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة واذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذ واشيأ لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس طعمة لهم ولو دخل الواحد والاثنان باذن الامام ففيه روايتان المشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرهم بالامداد فصار كالمنعة فان خلت جماعة لها منعة فاخذوا اشيأ خمس وان لم يأذن لهم الامام لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذا دخل لهم كان فيه ذهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

الكتاب به بذكر اسمه ثم فان لله ما في السموات وما في الارض فسهم الله ورسوله واحد قال ابو العالية سهم الله ثابت يصرف الى بناء بنية الكعبة ان كان قريبة والا فالى مسجد كل بلد وثبت فيها الخمس ودفعه بان السلف فسروه بما ذكر فان هذا التفسير روى عن ابن عباس رواه الطبراني في تفسيره عن اسلم كعب حدثنا احمد بن يونس حدثنا ابو شهاب عن ورقاء عن منهل عن الضحاك عن ابن عباس انه قرأ واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه ثم قال فان لله خمسه مفتاح الكلام لله ما في السموات وما في الارض وفي غيره حديث عن ابن عباس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس في خمسة فعلى قول هذا القائل يكون في سنة وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام لله الدنيا والآخرة قوله وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه الصلوة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شئ كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع وسيف او جارية قبل القسمة واخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين اتى به علي رض بعد ان قتل منبها ثم دفعه اليه وكما اصطفى صفية بنت حيي بن اخطب من غنيمة خيبر رواه ابو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة لانه انما كان يستحقه بامامته لا برسالته قال المص والحجة عليه ما قدمناه اي من الخلفاء الراشدين انما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكر لقسموه على اربعة وسهم الرسول لم ينقل ذلك عن احد وايضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة واما قول المص وسهم ذوي القربى الخ فقد تقدم بالغني عنه وقوله كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا يعني ما تقدم من حديث جبير بن مطعم وبعده بالفقر لا يخفى ضعفه فان قوله ثم ولذي القربى اما ان يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة في الضيق والموانسة فيه فيكون المصارف سقطا في الحياة وبعد الممات واما الفقراء منهم فيهم المصارف كذلك اي في حياته وبعد مماته فليس لوجه فيه الا ما قدمناه من انه اراد ان القرابة المختصة مصارف كغيرهم غير انه عليه الصلوة والسلام اعطاهم اختيار الاحد الجائزين له لا ان الصرف اليهم كان واجبا عليه كما يجوز ان يقتصر على مصرف دون مصرف ثم راى الخلفاء الراشدون رض الصرف الى غيرهم واما فقراؤهم فالاولى ان يعطوا لما قدمناه وهو الحق في التقرير وانما قال وقيل هو الصحيح اي قول الكرخي لان من المشائخ كشمس الائمة من يرجح قول الطحاوي عليه غير ان توجيهه بان عمر رض اعطى الفقراء منهم فيه ما تقدم وقوله والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء يريد اجماع الخلفاء الراشدين رض والا فهو محل النزاع الى اليوم من العلماء قوله واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين جمعة نظرا الى قوله فاخذوا ولا يخفى ان الكلام الايضاحي قوله فاخذوا لكن نبهنا على ان الثلاثة ايضا مراد اي اذا دخل واحد او اثنان او ثلاثة بغير اذن الامام فاخذوا اشيأ لم يخمس وقد صرح بان الثلاثة كالواحد واما الاربعة فيخمس وفي المحيط عن ابي يوسف انه قدر الجماعة التي لا منعة لها بالسبعة والتي لها منعة بالعشرة وعند الشافعي ومالك اكثر اهل العلم انه يخمس ما اخذه الواحد لنصا لانه مال حربي اخذ قهرا وكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن واحمد في رواية عنه نمنع انه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما اخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة اذ التخلص انما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص بخلاف ما قاسوا عليه من الواحد والاثنين اذا دخلا باذن الامام لان على الامام ان ينصرهم حيث اذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة او كالعشرة اذا دخلوا بغير اذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الامام متلصصين وكان الماخوذ قهرا غنيمة وخذله

فصل في التنفيل قال ولا بأس بأن ينفل الامام في حال القتال ويحرض على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معنى بعد ما رفع خمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكرنا وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس اذا قرر يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة شاء القاتل او غيره في ذلك سواء

خذلانا اذا ترك نصره واسلمه

فصل في التنفيل نوع من القسمة فالحقه بها وقدم ذلك لقسمته لانها بعضها وبدأ بالاضابط لانه الى رأي الامام بان ينفل قليلا وكثيرا ويخصها والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض ويقال نوله النوافل ايضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف لغتان فصيحتان قوله ولا بأس بان ينفل الامام اي يستحب ان ينفل لنص عليه في المبسوط وسيذكر المصنف انه تحريض والتحريض مندوب اليه وبه تتأكد ما سلف من ان قول من قال لفظ لا بأس انما يقال لما ترك اولى ليس على عمومه واعلم ان التحريض واجب بالنص المذكور لكنه لا يختص بالتنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره ايضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله فاذا كان التنفيل احد خصال التحريض كان التنفيل واجبا منبرا ثم اذا كان هو او احد الخصال الى المتعذر يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به اولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير واما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشيء والاحرام التنفيل لاستلزامه محاذاة قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا قبل الاصابة سواء كان لسلب المقتول وغيره كالسلب عليه قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فانا كان بعد فراغ الحرب في حنين قوله فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيئا فهو له او يقول للسرية قد جعلت لكم النصف او الربع بعد الخمس او قال للعسكر كل ما اخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس او للسرية لهم يجز لان فيه ابطال السهمان التي اوجبها الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص ذكر في الكبير عن محمد بطريق ما ذكرنا من قوله من اصاب شيئا فهو له لاتحاد اللازم فيهما وهو ابطال السهمان المنصوصة بالتسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا اصلا بانتهاته فهو اولى بالبطلان والفرع المذكور في الحواشي وبه ايضا يتقيد ما ذكر من قوله انه لو نفل بجميع المأخوذ جاز اذا رأى المصلحة فيه وفيه زيادة ايهاش الباقين واثارة الفتنة فلا ينفل بجميع المأخوذ لان فيه قطع حق الباقين ومع هذا الوفعل جاز اذا رأى المصلحة فيه ويجعل التنفيل الاربعة الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخمس وبه قال احمد وعند مالك والشافعي لا يصح الا من الخمس لانه المفوض الى رأي الامام وهو الباقي للغانمين قلنا انما هي حقهم بعد الاصابة اما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو ما يصاب لا حال كونه بالهم فان حقيقته تعليق التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في دار الحرب بخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الاسلام بان سبيها العدو ليس لان ينفل الا من الخمس لانه بمجرد الاصابة صار محرزا بدار الاسلام قوله لانه لا حق للغانمين في الخمس اورد عليه انهم لو كن حقا لهم فهو للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغانمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم اجيب انما يجوز باعتبار جعل المتلف لاحد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا انهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام ان يضيعه في الغني ويجعل نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فيجعله للاغنياء ابطال حقهم قوله واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء وهو قول مالك وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وبه قال احمد الا انه قال اذا كان من اهل السهم او الرضخ وشرط الشافعي الاول قولا واحدا وله قولان في غير المضع

وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قدمنا قوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه يُعرف له وكان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه لو كان مما يحرزه الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امرائك

له قولان احدهما كقول احمد والثاني لا سلب له وشرطان ان لقيته مقبلا لا مدبرا ولا ان يرمي سهما الى صف المشركين فيصيب احدا فيقتله لان ذلك ليس غناء كثيرا اذ كل احد لا يعجز عنه استدل عليه بما روى الجماعة الا النسائي من حديث ابي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى حنين فساقه الى ان قال فقال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت ثم قلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك في الثانية فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني قصة قتله القتيل فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه من حقه فقال ابو بكر الصديق رض لا ها الله اذن لا يعمد الى اسد من اسد الله تعالى يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلوة والسلام صدق فاعطه اياه فقال فاعطانيه واخرج ابو داود في سننه عن انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف في انه عليه الصلوة والسلام قال ذلك انما الكلام ان هذا منه نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال او كان تخريجا بالتنفيل قال في ذلك الوجه وغيرها يخصها فعنده نصب الشرع لانه هو الاصل في قوله لانه انما بعث لذلك قلنا كونه تنفيلا هو ايضا من نصب الشرع والدلالة على الخصوص واستدل المصنف على ذلك بانه عليه الصلوة والسلام قال لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امرائك فكان دليلا على احد محتملي قوله من قتل قتيلا فله سلبه فهو انه تنفيل في تلك القراءة لا نصب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث او حسن لكنه انما رواه الطبراني في معجمه الكبير والاوسط بلفظ حبيب بن سلمة ان صاحب قبرس خرج يريد طريق اذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج اليه فقتله فجاء بما معه فاراد ابو عبيدة رضي الله عنه ان يخمسه فقال له حبيب بن سلمة لا تحرمني رزقا رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب الم تسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ثمالثلث ما طابت به نفس امامه هذا معلول بعمرو بن واقد ورواه اسحاق بن راهويه حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن امية قال كنا مع عسكر بن هذا لق فذكر لحبيب بن سلمة الفهري الى ان قال فيجاء بالسلب على خمسة انفال من الديباج والياقوت والزبرجد فاراد حبيب ان يأخذه كله فاتاه ابو عبيدة يقول القضية فقال حبيب لا بي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال ابو عبيدة انه لم يقل ذلك الا بعد ان سمع معاذ ذلك فاتى ابا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ الا تتقي الله وتاخذ ما طابت به نفس امامك فانما ذلك ما طابت به نفس امامك وحدثهم بهذا معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رايهم على ذلك فاعطوه خمس الخمس فباعه حبيب بالف دينار وفيه كما ترى مجهول وبحض المصنف انه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك سماه حبيب بن ابي سلمة وصوابه حبيب بن سلمة بالتكبير فلا يفرح فانا انما نستانس به لاحد محتملي لفظ روي عنه عليه الصلوة والسلام فقد ثبت بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل ابي جهل يوم بدر فان فيه انه عليه الصلوة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء بعد ما راى سيفهما كلاكما قتله ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما الا ان البيهقي دفعه بان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطي من يشاء وقد قسم بجماعة لم يحضروا ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلوة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى يعني ما كان اذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال وقد يدعى انه قال في بدر ايضا على ما اخرجه ابن مردويه من طريق فيه الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس وعن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلوة والسلام يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجاء ابو اليسر

وما لا يحتمل نصب السرج ويحمل التنفيل فيحمل على الثاني لما ذكرنا زيادة الغناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرنا والسلب ما على المقتول من ثيابه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من مال في حقيبة أو على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه

باسيره فقال سعد بن عبادة أي رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان بنا حين عن العدو ولا أمن بالحيوة ان تصنع ما صنع اخوانا ولكنا رأيناك قد افردت فكرهنا ان ندعك بمضيعة قال فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يوزعوا تلك الغنائم بينهم فظهر انه حيث قال ليس نصب السرج للدابة وهو وان ضعف سنده فقد ثبت انه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا في ابي داود ولا شك انه لم يقل لفظ كذا وكذا وانما هو كناية عن الراوي عن خصوص ما قال وقد علمنا انه لم يكن عنى دراهم او دنانير فان الحال بذلك غير معتاد ولا الحال المقتضى ذلك لقلتها او عدمها فيغلب على الظن ان ذلك المكنى عنه للراوي وهو السلب ما اخذ لانه المعتاد ان يحمل في الحرب للقاتل وليس كل ما روى بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والماخوذ للاخذ فيجب قبوله غاية الامر انه تظافرت به احاديث ضعيفة على ما يفيد ان المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه ليس نصا عاما مستمرا والضعيف اذا تعددت طرقه ارتقى الى الحسن فيغلب الظن انه تنفيل في تلك الوقايع وما بين ذلك لبقية حديث ابي داود فانه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردءا لكم لو انهزمتم فئتم الينا فلا تذهبوا بالغنم ويبقى فالي الفتيان ذلك وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله بين ان كذا وكذا موجعله السلب للقاتلين والماخوذ للآخذين وحديث مسلم ابي داود عن عوف بن مالك الاشجعي دليل ظاهر انه كما قلنا قال فخرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي من اهل اليمن فلقينا جمع الروم وفيهم رجل على فرس اشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يقذي بالمسلمين ومعه المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر فعلاه فقتله فحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فاخذ منه سلب الرومي قال عوف فاتيت خالدا فقلت له يا خالد اما علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكثرته قلت لتردنه او لاعرفنكما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فابى ان يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال عليه الصلوة والسلام يا خالد رد عليه ما اخذت منه قال عوف فقلت دونك يا خالد الم اوف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك قال فاخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل انتم تاركوا لي امرائي لكم صفوة امرهم وعليهم كدرة فعلى هذا امران الاول رد قول من قال انه عليه الصلوة والسلام لم يقل قبل حنين من قتل قتيلا فله سلبه الا في حنين فان مؤتة كانت قبل حنين وقد انفق عوف وخالد انه عليه الصلوة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والاخر انه منع خالدا من رده بعد ما امر به فدل ان ذلك حيث قاله عليه الصلوة والسلام كان تنفيلا وان امره اياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الامام له به ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من استحقه وقول الخطابي انما منعه ان يرد على عوف سلبه زجرا لعوف ليلا يجري الناس على الامة وخالد كان مجتهدا فامضاه عليه الصلوة والسلام واليسير من الضرر يتحمل للكثير من النفع غالبا وذلك لان السلب لم يكن للذي تجرأ وهو عوف وانما كان للمددي فلا تزر وازرة وزر اخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان اشد على عوف من منع السلب ازجر له منه فالوجه انه عليه الصلوة والسلام حبا ولا ان تمضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما غضب وشفاعته وذلك بمنع السلب لانه يغضبه وسياسته بزجره بمنع حق اخر لم يقع له جناية فهذا ايضا دليل على انه ليس شرعا عاما لازما وقوله وزيادة الغناء الجواب عن تخصيصه بكونه قتيلا مقبلا فقال زيادة الغناء في الجنس الواحد لا يعتبر موجبة زيادة من المغنم لما قامت به وقوله كما ذكرناه يعني ما قدمه في اول فصل كيفية الغنيمة من انه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لانه يحتاج الى شاهد بان اغنا هذا في الحرب اكثر من هذا ولا يكفي زيادة

في حكم التنفيل فلم من اباقيين فاذا ثبت بعد الاحراز بدار الاسلام للمغانم من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم استبرأها واحل له وطيها وكذا الابيع بها وهذا عند ابي يوسف وقال محمد رحمه الله ان يطأها ويبيعها لانا اصابها بسلم واستبرأها لم يحل له وطيها وكذا لا يب

واذا غلبوا على اموالنا والعياذ بالله واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدتنا الخصم وكذا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا للحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم هذا لان العصمة تثبت على مناقاة الدليل ضرورة تمكن الملك من الانتفاع فاذا زالت المنعة عادت ما كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل

والا لا قوله واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وهو قول مالك واحمد الا ان عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها ولاحمد فيه روايتان كقولنا وكقول مالك فيتفرع على ملكهم اموالنا بالاحراز ان لكل من دخل دار الحرب بامان من المسلمين ان يشتري ما اخذوه منا كله او بعضه الجارية لملكهم كل ذلك وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء اي استيلاءهم على اموالنا محظور ابتداء عند الاخذ وانتهاء عند صيرورتها في دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك قال عليه الصلوة والسلام اذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم الكفار مخاطبون بالحرمات اجماعا والمخاطبة لا تنتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة فصار كاستيلاء المسلم على المسلم واستيلاءهم علينا كذلك لان النص ورد عليه وهو ما روى الطحاوي بسنده الى عمران بن الحصين فلما كانت العضباء من سوابق الحاج فاغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء واسروا امرأة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا يريحون ابلهم في افنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى اتت على العضباء فاتت على ناقة ذلول فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لان الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فاتوا بها النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرت المرأة بنذرها فقال بئسما جزتها او وفيتها لا وفاء لنذر في معصية الله ولانها مملوكة لابن آدم وفي لفظ فاخذ ناقته ولو كان الكفار يملكون بالاحراز لملكتها المرأة لاحرازها اياها بالجهد وجه من النقل فالمعنى فالاول قوله ثم للفقراء المهاجرين سماهم فقراء لانتفاء ملكهم من الابل شيأ فدل على ان الكفار ملكوا اموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها وليس من لا يملك لا وهو في مكان لا يصل اليه فقير ابل هو مختص بابن السبيل وكذا عطفوا عليهم في نص الصدقة فاما استدل به الشارحون مما في الصحيحين انه قيل له عليه الصلوة والسلام في الفتح اين تنزل غدا في دارك فقال هل ترك لنا عقيل من منزل وروي نتزل غدا بدارك فقال هل ترك عقيل لنا من رباع او ما قاله لان عقيلا كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل ان المسلم لا يرث الكافر فان عقيلا انما استولى على الرباع بارثه اياها من ابي طالب فانهم توفي وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه لان الدار كانت للنبي صلى الله عليه وسلم فلما هاجروا استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء

وروى ابو داود في مراسيله عن نمير بن طريفة قال وجد رجل مع رجل ناقة له فاراد ان يقتادها الى النبي صلى الله عليه وسلم فاقام البينة انها ناقته واقام الآخر البينة انه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان شئت ان تاخذ بالثمن الذي اشتراها به فانت احق بها والا فهي ناقته والمرسل حجة عندنا وعند اكثر اهل العلم واخرج الطبراني بسنده عن تميم بن طريفة عن جابر بن سمرة وفي سنده لين الزيات مضعف واخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عباس رضي الله عنه عليه الصلوة والسلام قال فيما احرز منه العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجده صاحبه قبل ان يقسم فهو احق به وان وجده قد قسم فان شاء اخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمارة واخرج الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له ومن وجده بعدما قسم فليس له شيء وضعف باسحق بن عبد الله بن ابي فروة ثم اخرجه بطريق اخر فيه رشدين وضعفه به واخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا من ادرك ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له وان ادركه بعد ان قسم فهو احق به بالثمن وفيه لين ضعف به قال الشافعي واحتجوا ايضا بان عمر بن الخطاب قال من ادرك ما اخذ العدو قبل ان يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه الا بالقيمة قال وهذا انما روي عن الشعبي عن عمر وعن جابر بن عليه عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروى الطحاوي بسنده الى قبيصة بن ذويب ان عمر بن الخطاب قال فيما اخذه المشركون فاصابه المسلمون فعرفه صاحبه اي درك قبل ان يقسم فهو له وان حبست فيه

فان ظهر عليها المسلمون وجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه السلام فيه ان وجده قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجده بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان الملك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذ بغير قيمة وان خل دار اكرب بأجر فاشتراها ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه لان الخيار انشاء اخذه بالثمن الذي اشتراه انشاء تركه لانه يتضرر بالاخذ مجانا لان الاذى يدفع العوض مقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض يأخذ بقيمة العرض لو وهو للمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد لكن اذا كان مرهونا يأخذه لما بينا ولكن اذا كان مشتريه بمثله قدرا ووصفا

السهام فاشتى لو روى عنه النساء من ابي عبيدة ره مثل ذلك روى باسناده ابي سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت شاه وردى ايضا باسناده الى قتادة عن خلاس ان عليا بن ابي طالب قال من اشترى ما احرز العدو فهو جايز والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة في نفي اصل هذا الحكم ويدور في ذلك بين تضعيف بالارسال والتكلم في الجنس الطرق فان الظن بلا شك يقع في مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وان هذا الجمع من علماء المسلمين لم تتعمد والكذب وبعد انه وقع غلط للكل في ذلك تو افقوا في هذا الغلط بل لاشك ان الراوي الضعيف اذا اكثر من معنى ما رواه يكون مما جاء فيه وليس يلزم الضعيف الغلط دايما ان يكون اكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتقاده بما ذكرنا من الاية والحديث من الصحيح وحديث الغفاري كان قبل احرازهم بدار الحرب الاترى الى قوله وكانوا اذا انزلوا منزلا الخ فانه يفهم انهم فعلت ذلك وهم في الطريق واما المعنى فما اشار اليه المصنف بقوله الاستيلاء ورد على مال مباح يعني الاستيلاء الكاين بعد الاحراز في حالة البقاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك كاستيلايا على اموالهم فانه تام لنا الملك فيه الا لهذا المعنى وهذا اي كونه مباحا اذ ذاك لان العصمة تثبت على منافاة الدليل وهو قوله تم هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا منه فانه يقتضي اباحة الاموال بكل حال وانما ثبت ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة من الانتفاع عاد مباحا وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز يكون تاما وهو الاقتدار على الحمل حالا ومالا بالادخار الى وقت حاجته بخلاف اهل البغي او احرازنا اموالهم لانزول ملاكهم لان العصمة وكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك ثم اجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذلك في المحظور لنفسه اما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه صلح سببا للكرامة تفوق الملك هو الثواب كما في الصلوة في الارض المغصوبة فما ظنك بالملك لدنيوي والقياس على استيلايهم على رقابنا فاسد لان ما ثبت لكن مالا ولكنه اعلى نصب لمسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز بل الملك على ما ذكرنا في الباغي واورد عليه ان العصمة اذا زالت بالاحراز بدارهم لا يكون الاستيلاء محظورا يحتاج الى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم يصر ملكا لهم واجيب بان العصمة الموقتة باقية لانها بالاسلام والمتقومة زالت لانها بالدار وقد تقرر ان كان الملك زال بتبالة زوال القيمة صار مباحا وعاد الاول وان لم يسقط لزم الثاني فالمدار الاباحة وعدمها ثم الوجه الاباحة الى اثبات انه محظور لغيره ولذلك لان الاستيلاء ان اريد به ابتداء الاخذ او ادخاله في دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف هكذا ورد في الاصول على كون الغصب مفيد الملك لك اجيب بان المفيد له هو الضمان على ما في توجيهه من الكلام بل نقول ليس الاستيلاء الاول سببا للملك ولا الادخال الى دار الحرب بل الادخال سبب والمكنة الانتفاع سبب لاباحة وهو لا تيعقب بحل ولا حرمة لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكاين في البقاء على ذلك المال المباح سبب لملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لانه على مال مباح واباحته سببته حما ليس بمحرم وهو زوال المكنة فاما الاخذ وما يليه فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع ان سبب الملك ههنا محظور لنفسه او غيره بل هو امر مباح والسبب البعيد لا يوثر في المسبب لآخر لانه مسبب في غيره على ما عرف من ان العلة البعيدة لا اثر لها في المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب اباحة اصلا وقول بعضهم في التقرير لانه اي الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز وبالاحراز تقعت العصمة فورد على مباح كمال المسلم ثم اذا لم يصيروا احرازا لم يقتضي ان ماله مباح صح وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير الغارة على الخلاف المتقدم وسببه انه ليس في يده بل يكفي المنع بان يقال لانسلم انه ورد على مال مباح الخ **قوله** فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء فان وجده بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه الصلوة والسلام فيه ان وجده الخ وتقدم الكلام في الحديث ونظايره فان قيل اخذه قبل القسمة اذا كان حكما

قال فان اشترى عبدا فاشترته رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذ الثمن الذى اخذ به من العدو واما الارش فالمشترى يأخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذ بمثله هو لا يفيد ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى التسليم صار المشترى فى يد المشترى بمنزلة المشترى شراء فاسدا والاوصاف تتضمن فيه كما فى الغصب اما هنا الملك صحيح فافترقا وان اشترى عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاشتراه ثانية واد خلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثانى بالثمن لان الاسر ورد على ملكه للمشترى الاول ان يأخذ من الثانى بالثمن لان الاسر ورد على ملكه ثم يأخذ الثانى الذى اشتراه

ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا واولادنا ومكاتبينا واحرارنا وملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح اذ الحر معصوم بنفسه كذا هذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف قابلهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وبجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد مسلم لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكونه لان العصمة لحق الملك لقيام الدين وقد زال لهذا الوجه ومن دار الاسلام ملكوه لانه ظهرت يدهم على نفسه بالكرة ومن دارنا لان سقوط اعتبارها لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى وظهرت يده على نفسه صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد بين المولى باقية لقيام يد اهل الدار فصح ظهوره يدا واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رح يأخذ المالك القديم بغير شيء مرهونا كان او مستأجرا او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم

من حيث وجوب تحويله اليه اما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير وقوله لان الاوصاف تتضمن قسطا اي في البيع الفاسد لانه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالاصل على تقوم الصفات هو الغصب انما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك مبالغة في رفع الظلم والبيع الفاسد دونه في ذلك لتحقق التراضي فيه من الجانبين غير ان الشرع اهدر تراضيهما في حق الحل طلب رد كل منهما بدلا الى الآخر وفي الكافي قولان الاخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو ثبت بخلاف القياس نفضا وهو قوله ان شاء اخذه بالثمن وهو اسهم للكل فلا يحط عنه شيء ولو انه فقئ عيناه وعند الغازي المقسوم له فاخذ قيمته وسلمه للغائب فللمالك الاول اخذه من الغائب بقيمته اعمى عند ابي حنيفة وقالا بقيمته سليما وهي التي اعطاها الغائب للمولى لها انه فوت وصف فلا يسقط به شيء من ثمنه ولابي حنيفة ان هذا وصف هو مقصود فهو كفوات الجزء الاصل فليست قيمته كالولد مع الام وهذا ينتقض لمسيلة الهداية بل الوجه ان الفرق ان فوات الوصف هناك بفعل الذي ملكه فكان بمنزلة ما لو اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بنقصه بخلاف مسألة الكتاب لان الغائب في غيبته بغير رضاه فقئ عينه اسرا واجارية واحرز وهاثم ظهر المسلمون فوقعت في سهم غانم فباعها بالف فولدت في يد المشتري فماتت فاراد المالك القديم اخذ الولد فعند ابي يوسف له ذلك بالف وعند محمد بحصته من الالف وذلك بان يقسم الالف على قيمة الام يوم الاخذ وقيمة الولد يوم الاخذ فما اصاب الام فهو حصته فقيد بوان اسر والكفار عبد المسلم فاشتراه رجل منهم بالف فاشتروه ثانيا او دخلوا دار الحرب فاشتراه رجل اخر بالف فليس للمولى الاول وهو الماسور منه اولا ان ياخذه من الثاني وكذا لو كان الثاني غانما كما سيذكر لان الاسماء ورد على الملك بل على الثاني فانما ثبت حق اخذه للمشتري الاول حتى لو ابى ان ياخذه لم يلزم المشتري الثاني اعطاه للمولى الاول ولو كان المشتري الاول وهبه له اخذه مولاه من الموهوب له بالقيمة كما لو وهبه الكافر لمسلم ثم اذا اخذه المشتري الاول من المشتري الثاني بالف فاراد المولى الاول ان ياخذه من المشتري الاول اخذه بالثمن لانه قام عليه بذلك وهو ان تضرر بذلك ففي مقابلة العبد الذي عوضه بخلاف ما لو اخذه بالف فانه يفوت الالف الاخرى على المشتري الاول بلا عوض اصلا فرع لو باع المشتري من العدو العبد من غيره اخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به ان مثليا فمثله او قيميا بان كان اشتراه مقايضة فبقيمته لان المشتري الثاني قايم مقام المشتري الاول وليس للقديم ان ينقض العقد الثاني ليأخذه من المشتري الاول بالثمن الاول لما في رواية ابن سماعة عن محمد فظاهر الرواية الاول فالوجه في المبسوط وفيه ان الكفار لو اسلموا قبل ان يبيعه لم يكن للقديم ان ياخذه قوله ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة الكائنة بالاحراز بدارهم مدبرينا ولا امهات اولادنا ولا مكاتبينا ولا احرازنا ولا نملك نحن عليهم جميع ذلك لان السبب هو الاستيلاء التام انما يفيد الحكم وهو الملك لما يريد عليه في محله وهو المال المباح والحر المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم لاثبات الحرية فيهم من وجه بالاسلام بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جناياتهم بالكفر والجناية من هؤلاء وتفرع على عدم ملكهم هؤلاء انهم لو اسروا ام ولد لمسلم او مكاتبا او مدبرا ثم ظهر على دارهم اخذه مالكه بعد القسمة بغير شيء ويعوض الامام من وقع في قسمة من بيت المال قيمته ولو اشتري تاجر لنا منهم اخذه منه بغير ثمن ولا عوض قوله فان ابق عبد لمسلم او ذمي وهو مسلم ودخل عليهم دار الحرب فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه وبه قال مالك احمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للملك محرز بدار الحرب وبه تتم الملك لهم وهذا السقوط عصمته لا ينافي الحق المالك قد زالت وصار كما لو نفرت الينا دابة اي تردت من باب ضرب لان مصدره جاء ندودا كما جاء على هذا القياس وكما لو اخذوا العبد الآبق او غير الآبق

وليس له على المالك سبيل لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ندّ بعيرهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للصبيان لتقرر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء ما لم نسلمان ابق عبدهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن انشاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما او دخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة رحمه الله ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تبايين الدارين مقام العلة وهو لاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد زوجين في دار الحرب

من دارنا اذا احرزوه حيث يملكونه فكذا اذا وفي رواية لابي حنيفة ان العبد ظهرت يده على نفسه وهذا لانه آدمي مكلف فله يد على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار مقبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتبار يده لتحقق يد المولى حاليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى بمجرد دخوله دار الحرب فظهرت يد العبد على نفسه سابقة على يد اهل الحرب لان اخذهم اياه لا بد ان يتراخى لحظة عن دخوله واذا سبقت يده يده صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف الآبق المتردد في دارنا اذا اخذوه لان يد المولى قائمة عليه ما دام في دار الاسلام حكما لقيام يد اهل الدار فيمكنه الاستنقاذ على وجوده والاقتدار باق فمنع ظهور يده على نفسه ولا كذلك المأذون في الدخول بامان دخوله باذنه وهو على عدم العود اليه وبخلاف الدابة التي ندّت فانه لا يد لها على نفسها والضمير في قول المصنف لان سقوطا اعتباره للبد وكان الواجب ان يقول اعتبارها لان اليد مؤنثة وقد يعاد على الظهور اي سقوط اعتبار يده ولو كان العبد كافرا فان كان مرتدا ملكوه وان كان كافرا فهو ذمي تبعا لمولاه واذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شيء سواء كان موهوبا منهم الذي اخرجه الى دار الاسلام او مشترى منهم او مغنوما قبل القسمة وبعدها الا انه اذا اخذه بعد القسمة يؤدي الامام عوضه من بيت المال للمأخوذ منه لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق النائمين وتعذر اجتماعهم ولتفرق المال في ايديهم وايدي غيرهم يتعسر فهمه وفيه مالا يخفى من الحرج وبيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم لانه لو فضل من الغنيمة شيء بعد قسمته كلها لورثة توضع في بيت المال فاذا كان حق غرمائه كان فيه ولا يعطى المشتري شيئا اذا كان اشتراه بغير اذن المولى فان اشتراه باذنه رجع عليه بما اشتراه به وعندهما يأخذه بالثمن في المشتري وبالقيمة في الموهوب كما في المأمور غير الآبق وانما قيدنا اول المسألة بكون العبد مسلما لانه لو ارتد فابق اليهم فاخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو ذمي تبعا لمولاه وفي العبد اذا ابق قولان ذكرنا في طريقة محمد الائمة قوله وليس له اي الغازي او التاجر جعل الآبق لاستحقاقه اذا اخذه ليرده فيكون عاملا لغيره وهنا انما هو عامل لنفسه قوله وان بعّد بهم فاخذوه ملكوه وجهه فيتفرع على ملكهم اياه انه لو اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فانهم يأخذونه مالكه منه بالثمن ان شاء قوله فان ابق عبدهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل ذلك كله فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والمتاع والفرس بالثمن عند ابي حنيفة وعندهما يأخذ العبد ايضا بالثمن ان شاء وهذه متفرعة على ملكهم العبد الآبق اليهم عندهما دونه واورد عليه ينبغي ان يأخذ الكل بلا شيء لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهر على ما في يده لانه مال مباح فيمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها واجيب بان غايته انه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيبقى في يده كما كان لو كان مملوكا للغانمين فيملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لان الفرض ان سبق اليد يمنع استيلاءهم عنده فانما يملكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لاحد والا ملكوا العبد والفرض ان هذا المال عليه يد فيمنع الاستيلاء الموجب لاخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم واجيب ايضا بان يده ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها في حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغي ان يمنع استيلاء الكفار قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما او دخله دار الحرب عتق عنده لابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة حال كونه في دار الاسلام بطريق معين وهو البيع فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والا باعه القاضي عليه ودفع ثمنه اليه وقد تعذر الجبر عليه فبقي عبدا في يده ولان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم يكن ملكا لهم فانهم اذا اخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فاستحال ان يزول ملكه الثابت قبل الاحراز حالة الاحراز ولابي حنيفة ان الجبر على البيع في دار الاسلام ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن ذل الكفر فهو الواجب بالذات اجماعا وجوب الجبر على البيع ليتوصل اليه غير انه تعين اخراجه بعوض لتعين سبيلا طريقا حال قيام امانه تحرزا عن الغدر بأخذ ماله ولولاه لاعتقناه عليه فاذا ازال امانه وسقطت

واذا اسلم عبد حربي ثم خرج الينا وظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيده هو الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روى ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه وبالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتباره اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه فلا حاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى ابتداء التوكيد فكان اولى

عصمته ماله بوجوده في دار الحرب بجب التخليص بالاعتاق عليه غير ان اعتاق القاضي قد تعذر بحلوله في دار الحرب اذ لا ينفذ قضاؤه على من بها فقيم شرط زوال عصمته ماله وجوده في دار الحرب مقام علة عتقه وهو اعتاق القاضي كما ان قيم مضي ثلاث حيض في دار الحرب مقام تفريق القاضي بعد عرض الاسلام على الآخر وابائه فيما اذا اسلمت المرأة في دار الحرب بخلاف ما اذا لم يملكه في دار الاسلام لان للمولى حق استرداده فلو اعتقناه على الحربي حين احرزه ابطلنا حق استرداد المسلم اياه الى رقه جبرا لنحكم ذلك ما نعا للمقتضى عن عمله وقول المصنف فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب ليس بجيد لانه اسلم الزوج لا يفرق وعلى هذا الخلاف اذا اسلم عبد الحربي ولم يهرب الى دار الاسلام حتى اشتراه مسلم او ذمي او حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لان العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عاد اذ زال قهره الى المشتري فصار كما لو كان في يده وله ان قهره زال حقيقة بالبيع ولان اسلامه يوجب ازالة قهره الا انه تعذر الخطاب بالازالة فاقيم ماله اثر في زوال الملك مقام الازالة وهو البيع فصار له واذا اسلم عبد الحربي ثم خرج الينا او اسلم ولم يخرج حتى ظهر على الدار فهو حر وكذا اذا خرج جيد الى عسكر المسلمين مسلمين ولم نعلم فيه خلاف بين اهل العلم لما روى ابو داود مسندا الى علي رضي الله عنه قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب مواليهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فتغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لتنتهن يا معشر قريش او ليبعثن الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وفيه احاديث قدمناها ومنها اسلام عبيد الطائف ومنهم ابو بكرة ومشى بعقبه في كتاب العتق فليرجع اليها فهذا دليل عتقهم اذا خرجوا مسلمين واما عتقهم اذا ظهرنا على الدار بعد اسلامهم فلانه لما التحق بمنعة المسلمين صار كما لو خرج اليهم في امنة امانا فيعتق بهم وقوله واعتباره يده الخ جواب عن مقدر بينه بقوله لم يعتق بمجرد اسلامه في دار الحرب اتفاقا وانما الخلاف فيما اذا عرض للبيع فباعه فقد ورد بالغائين على مال مباح لان الاسلام لا يمنع استرقاقهم اجاب بان للعبد يدا على نفسه على ما تقدم وانما لم يظهر الحق للمولى ليتمكن من الانتفاع ثم هي اسبق من يد المسلمين اما في المولى الكافر فيستحق الحكم بعتق تخليصا للمسلم من ذل الكافر ولان مجرد اصل اليد لا يكفي ما لم يتأكد اذ الاقدرة بدونه وكانت منعة الغانمين هي المؤكدة لها فيعتق بهذا ولو اسلم العبد ولم يخرج الينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق الى ان يشتريه مسلم او ذمي فيعتق قال في شرح الطحاوي بعد قوله ولا تثبت ولاء اي ولا يثبت ولاء العبد الخارج الينا مسلما لاحد لان بذا عتق حكمي وان لم يخرج الينا ولم يظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم او كافر فحينئذ يعتق العبد قبل المشتري العبد او لم يقبل لان العبد استحق حق الاعتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب آخر ليزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه وقيد المرأة بخرجه بأذن مولاها او بأمر لحاجته فانه اذا خرج كذلك فاسلم في دارنا حكم ان بيعه الامام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي لانه لما دخل بامان تعلقت رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به وبماله من المال فخرج ولو جنى عبد جناية خطأ او افسد متاعا فلذمته دينه ثم اسر العدو ثم اسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة والسلام من اسلم على مال فهو له ثم تبطل الجناية دون الدين لان حق ولي الجناية في الرقبة ولا بقي بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية واما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه ولو اشتراه رجل واصابه المسلمون في الغنيمة فاخذه المولى اخذ من الجناية والدين عليه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لان المستحق به نفسه فلا يبطل بزوال ملك المولى كما لو اعتقه او باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد المأسور في سهم رجل لو اشتراه فاعتقه قبل ان يحضر المولى نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لانه لم يبق قابلا للنقل من ملك الى ملك ولان ولاءه لزم للمعتق على وجه لا سبيل الى ابطاله ولو كانت امة فتزوجها فولدت من الزوج بالعتق للقديم ان يأخذها وولدها لانها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الاخذ

لان

اليهم

بعتقه

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم لانه ضمن لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدروا بهم ملكهم فاخذوا اموالهم وحبسوهم وفعل غيره يعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان عبدهم عنى التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا خبيثا ولو رده لا استيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بينا

بخلاف حق الواهب في الرجوع لا يثبت في الولد لانه حق ضعيف في العين الا ترى انه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله و الولد وان كان جزءا ففي المال هو محل آخر بخلاف حق المولى قوي لا يبطل بيعه وهبته فيسري الى الولد وليس له فسخ النكاح لانه يتمكن من الاخذ بالفسخ والنكاح الزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما اخذ من عقرها وارش جناية عليها ولو لم يزوجها المشتري فلا وطيها قبل ان يأخذها المولى وثبوت حق اخذه لا يمنع وطي الملاك ولو اسر واجاريته مرهونة بالف وهي قيمتها او اشتراها رجل بالف اخذها مولاها الراهن بها ولم يبق رهنا لانها ناقصة في حق المرتهن فهو كالمجدد للملك او لا يأخذها المرتهن الا ان يرد على الراهن الالف وان كان الثمن اقل من الالف كان للمرتهن ان يؤدي ذلك الثمن فتكون رهنا عنده لانه سفيد ولو اسلم على ما اخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للملاك القديم وكذا اذا صار ذميا وكذا اذا باعه من حربي آخر ولو خرج الينا بامان ونفعه ذلك المال لا سبيل عليه الا انه اذا كان عبدا يجبر على بيعه من مسلم لانه عبد مسلم ولا يمكن الحربي من اعادته الى دار الحرب واذا لا له ولو اسر واجاريته وديعته عند رجل او عارية او اجارة فحين الاخذ اذا اخرجت لشراء او غنيمة لمالكها لان ثبوت حق الاسترداد للملاك لا للبد بخلاف الغاصب من الموضع ومن ذكرنا لكل من هؤلاء الا استرداده لان كلا منهم قائم مقام المالك في حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الاحراز بدار الحرب وان كانت متزوجة لا يبطل النكاح لان غاية احرازها توجب ان يملكوها دون نقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكما والمسلمة في دار الاسلام حكما وان كانت في دار الحرب حقيقة

باب المستأمن اخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء لا يكون الا بالقهر والاستيمان بعد القهر فاورده كذلك ولتقديم استيمان المسلم على الكافر ظاهر

قوله واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم لانه بالاستيمان ضمن لهم ان لا يتعرض لهم فالخلافه غدر والغدر حرام بالاجماع وفي سنن ابي داود دعته عليه الصلوة والسلام ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان وتقديم قوله عليه الصلوة والسلام لامراء الجيش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا في وصيته لهم ولما اقتلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من اهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا ان نشتري من الطائفة الغالبة شيئا من الاموال التي غنموها لانهم لم يملكوها لعدم الاحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا بخلاف ما لو اقتتلوا في دار الحرب فانه يحل لنا الشراء والشرط الاحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فالقول لنا شرط ان يجوزها الغالبون بدارهم ان كانوا لا يدينون ان من قهر اخر في نفسه او ماله ملكه وان كانوا يدينون فلا فانهم قالوا لو دخل مسلم دار الحرب بامان فجاء رجل بامه او ابنه او ام ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فاكثر المشايخ على منعه وقال الكرخي ان كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منه والعامة يقولون ان كانوا يدينون ان من قهر اخرا ملكه فهو اذا ملك هؤلاء يعتقون عليه فيصيرون احرارا فيمتنع بيعهم ولو جاء بعض احرارهم قالوا ان كانوا يدينون ان من قهر شخصا ملك جاز شراؤه منه والاصح ان هذا ليس فيه احراز بدار الاخرى غير دار المقهور وقوله الا اذا غدروا بهم ملكهم فاخذوا اموالهم الخ استثناء من قوله لا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الاسير المسلم ايضا وقد صرح به حيث قال فيباح له التعرض وان اطلقوه وتركوه في دارهم طوعا او اعتقوه لانه لم يستأمن وعتقهم لا عبرة به لانهم لم يملكوه فلان يقتل من قدر عليه سيده او غيره ويأخذ ماله ويملكه ملكا خبيثا فيه فان غدروا بهم التاجر فاخذ شيئا واخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح عند عدم الاحراز الا انه بسبب محرم فاورثه خبثا فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان وانما يملك مع حرمته مباشرته بسبب الملك

واذا دخل المسلم دار الحرب بامان واداينه حربي او ان هو حربيا اذ غصب احدهم صاحبه ثم خرج الينا واستامن الحربي ثم قضى واحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستامن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه استولى عليه لصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فدخلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض في الغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين او مستأمنين لم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر بالرد وهو المراد بقولنا في الفتوى فلانه فساد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد

لان الشر لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك كما في البيع الفاسد وقوله على ما بيناه يريد ما تقدم من قول المحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تقوى الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق المحرم التصدق به حتى لو كان المأخوذ غدرا جارية لا يحل له وطيها وللمشتري منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فان حرمة وطيها على المشتري خاصة ويحل للمشتري منه لان المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد وبيع المشتري انقطع حقه ذلك لانه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهنا الكراهة للغدر والمشتري الثاني كالاول فيه اما لو سبا قوم اهل الدار التي هو فيها جاز له ان يشتريهم من السابي لانهم ملكوها بالاحراز وبها كانوا على اصل الاباحة في حقه وانما منعه الغدر وليس ذلك غدرا **فرع نفيس في المبسوط** لو اغار قوم من اهل الحرب على اهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار الا ان خاف على نفسه لان القتال لما كان تعريضا للنفس على الهلاك لا يحل الا لذلك او لاعلاء كلمة الدين وهو اذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء الا علاء للكفر ولو اغار اهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فاسروا ذراريهم فمروا بهم على اولئك المستأمنين وجب عليهم ان يقتضوا عهودهم ويقاتلوهم اذا كانوا يقدرون عليه لانهم لا يكونون رقابهم تقريرهم في ايديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم ان لا يتعرضوا لاموالهم وكذا لو كان المأخوذون ذراري الخوارج لانهم مسلمون **ومن فر وعه** لو تزوج في دار الحرب منهم ثم اخرجها الى دار الاسلام قهرا فيفسخ النكاح ويصح بيعه فيها وان طاوعته فخرجت طوعا معه لا يصح بيعها لانه لم يملكها وعلم انهم اخذوا في تصويرها ما اذا اضمر في نفسه انه يخرجها ليبيعها ولا بد منه فانه لو اخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده ان له ان يذهب بزوجته حيث شاء اذا اوفاها معجل مهرها ينبغي ان لا يكره قوله فان دخل المسلم دار الحرب بامان فاداينه حربي او ان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه مالا ثم خرج المسلم الينا واستأمن الحربي فخرج ايضا مستأمنا لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة على واحد منهما ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم احكام الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم في المستقبل ولكن يفتى بانه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا ظاهر كما ترى لا يشكل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال ابو يوسف رح يقضى على المسلم عادم القضاء كما في الهداية قول ابي حنيفة ومحمد رح واستشكل قولهما بان المسلم يلتزم احكام الاسلام مطلقا او صار كما لو خرجا مسلمين وكون ابي حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو ايضا مما يحتاج الى موجب واجاب في الكافي بان ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس في ان يبطل حق احدهما بلا موجب لوجوب ابطال حق الآخر بموجب بل انما ذلك في الاقبال والاقامة والاجلاس ونحو ذلك والاداينة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين واما انه لا يقضي بالغصب لكل منهما فلانه صار ملكا لاذي غصبه سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب او مسلما مستأمنا على ما بيناه اي في باب استيلاء الكفار ان الاستيلاء ورد على مال مباح لان المراد ان كلا منهما خرج الى دار الاسلام فهي غصب المسلم اذا دخل واحدا اثنان منهما دار الحرب الخ الا ان المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربي يؤمر بالرد افتاء لا قضاء لما يرتفع معصيته الغدر وفي كلام المصنف اشارة اليه كما ترى وكذا لو كانا حربيين فعلى ذلك اي اذا ان احدهما صاحبه او غصبه ثم خرجا الينا مستأمنين لما قلنا فان خرجا مسلمين وقد ادان احدهما الآخر او غصبه يقضي بالدين بينهما خاصة دون الغصب اما القضاء بالمداينة اي بالدين فلانها صحت وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لاعتراضها باحكام الاسلام ولانه ترجح لاحدهما على

ولو دخل المسلم دار الحرب بغير أمان فغصب حربيا ثم خرج مسلمين عرض الغصب لم يتعرض عليه ما لم يقض القاضي فيما بينه وبين ربه تعالى وهو قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد الأخير وهو قول أبي حنيفة الأخير وقال أبو يوسف الثاني ومحمد الأول يتعرض عليه ما لم يقض القاضي فيما بينه وبين ربه تعالى وهو قول زفر والشافعي وهو نظير ما لو دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعليه الكفارة ولا دية عليه لأن العصمة ثبتت بدار الإسلام لا بالدار فلا تتبدل بدار الحرب بالأمان والتباين بالدار إنما يعتبر في حق الحربي لأنه لا يمكن استيفاء العصمة منه بدار الإسلام لتباين الدارين وهنا المسلمان في دار واحدة فلا تباين فلا تتبدل العصمة بالدار فيجب القصاص

فصل قال: إذا دخل الحربي إلينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة ويقول له الإمام إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والأصل أن الحربي لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية لأنه يصير عيونا لهم وعونا علينا فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الإقامة اليسيرة لأن في منعها قطع الميرة والجلب وهو ما يجلب من حيوان وغيره فصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية فإن رجع قبلها فلا سبيل عليه وإن أقامها بعد تقدم الإمام إليه صار ذميا فلا يمكن بعدها من العود إلى داره لأن عقد الذمة لا ينقض كيف وأن فيه قطع الجزية وتصييره مولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين

فلزوم المنعة كما ذكرنا وتجب الدية في ماله لما قلنا أن العواقل لا يعقل العمد بذا وقياس بالنقل قاضيخان عنهما في المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص في العمد أن يقولا به في الأسيرين لأن الوجب يعمهما ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الأسيرين والمستأمنين أن بالأسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم حتى يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فيطل به الإحراز أصلا لأن الأصل غير معصوم فكذا تبعه وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا في سقوط عصمته الدينية بجامع كون كل منهما مقهورا في أيديهم وإنما خص الكفارة بالخطأ لأنه لا كفارة في العمد عندنا كما يعرف في موضعه إن شاء الله تعالى بذا والأقرب أن يجري فيها حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه

فصل قوله وإذا دخل الحربي إلينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة ثم يرجع بل يقول له الإمام إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية وأصل هذا أن الحربي لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية لأنه يصير عينا لهم أي جاسوسا وعونا علينا فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الإقامة اليسيرة لأن في منعها قطع الميرة والجلب وهو ما يجلب من حيوان وغيره ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية فإن رجع قبلها فلا سبيل عليه وإن أقامها بعد تقدم الإمام إليه أي قوله له ما يعتمده في ضرب الجزية عليه صار ذميا فلا يمكن بعدها من العود إلى داره لأن عقد الذمة لا ينقض إذ فيه قطع الجزية وتصييره مولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين ولا يأخذ منه جزية للسنة التي أقامها إلا أن قال له إن أقمتها أخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الإمام يفيد اشتراط التقدم الإمام إليه في منعه من العود إذا أقام سنة وبه صرح العتابي فقال لو أقام سنين من غير أن يتقدم إليه الإمام فله الرجوع قائله صاحب الدراية وعبارة صاحب المبسوط من غير اختصار على ما فيه وينبغي للإمام أن يتقدم إليه فيأمره بالخروج إلى داره على سبيل الإعذار والإنذار وفي التقدم إليه أن يعين مدة فقال إن خرجت إلى وقت كذا وإلا جعلتك ذميا فإن خرج تركه ليذهب وإن لم يخرج لم يمكنه من الخروج بعد ذلك وجعله ذميا وإن لم يقدر مدة فالمعتبر الحول فيمهد الحول لا يمكنه من الخروج فتعقبه الشيخ المحقق الشارح بأن ذلك ليس بلازم للفظة لأن المنظون دلالته على ذلك إنما هو قوله وإن لم يقدر مدة فالمعتبر الحول ولا يخفى أن ليس المراد به عدم التقدير أصلا لا بمدة معينة ولا بمبهمة ولفظ المبسوط يدل على أن تقدم الإمام ليس شرطا لصيرورته ذميا فإنه قال إن يتقدم إليه فيأمره إلى أن قال وإن لم يقدر مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم لأنه يصدق بقوله إن أقمت طويلا أو متى شئت من سنة منعه وفي هذا اشتراط التقدم خيرا له لم يوقت له مدة خاصة والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم إليه ولا أن يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين يلحقه عسر بتقصير المدة جدا خصوصا إذا كان له معاملات يحتاج في اقتضائها إلى مدة مديدة فروع لو مات المستأمن في دار الإسلام عن ورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته فإذا قدموا فلهم أن يقيموا البينة على ذلك فيأخذوا فإن أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحسانا لأنه لا يمكنهم إقامتها من المسلمين لأن أنسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فإذا قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم دفع إليهم المال وأخذ منهم كفيلا لا لظهور في المال من ذلك قيل هو قولهما لا قول أبي حنيفة كما في المسلمين وقيل بل قولهم جميعا ولا يقبل كتاب بلكمه ولو ثبت أنه كتابه وإذا رجع إلى دار الحرب لا يمكن أن يرجع معه بسلاح أشتراه من دار الإسلام بل الذي دخل فإن باع سيفه واشترى به قوسا ورحلا لا يمكن منه لأنه اشترى سيفا حين كان مثل الرأس بدرهم وجد في دارنا بلا أمان فهو ما معه في فإن قال دخلت بأمان لم يصدق وأخذه ولو قال أنا رسول فإن وجد معه كتاب يعرف أنه كتاب بلكمه لعلامة يعرف ذلك كان آمنا فإن الرسول لا يحتاج إلى أمان خاص بل يكون رسولا بأمر من لم يعرف فهو مؤمن فيكون هو وما معه فيئا وإذا دخل دار الإسلام بلا أمان فأخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند أبي حنيفة بل يكون

لو ان دخل الحربي دارنا بامان فاشترى ارضا خراجية فاذا وضع عليه الخراج تؤخذ لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا فيما يجري الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتري بها للتجارة واذا التزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج تؤخذ في آخر شرط الوضع فيخرج عليه احكام جزية فلا يغفل عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت فهما صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلاده فلم تكن ملتزما المقام

ولو ان مرتدا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعته عند مسلم او ذمي او دينا في ذممهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانها بطل امانه ومالا فلا سلا من ماله عند غيره فان اسلم او ظهر على الدار فقبل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان امانات لا يد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله وهذا لان حكم امان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا وهو مثل الاراضي التي جلوا اهلها عنها والجزية والخمس في ذلك وقال الشافعي رحمه الله فيها الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر وسعد رضي الله عنهم ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب لما هو ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس

فيا بجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن ابي يوسف وظاهر قول ابي يوسف وهو قول محمد يختص به ولو دخل الحرم قبل ان يؤخذ فعند ابي حنيفة يؤخذ وعندهما للمسلمين وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى حتى يخرج قوله فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارضا خراجا فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا وكذا لو اشترى عشرية فانها تستتم عشرية على قول محمد فانها وظيفة مستمرة وعلى قول ابي حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت احكام الذمي في حقه من منع الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا اتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من ضغه وشتمه في الاسواق خلما وعدوانا وهذه الاحكام الحجة التي تنبه عليها المصنف والمراد بوضع الخراج الزامه له واخذه منه عند حلول وقته ومنذ باشر السبب وهو زراعتها او تعطيلها مع التمكن منها اذا كانت في ملكه او زراعتها والاجارة وهي في ملك غيره اذا كان خراج مقاسمة فانه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذميا بخلاف ما لو كانت الارض التي استاجرها خراجها على مالكها فانه لا يصير ذميا اذا حل وقت الاخذ بعد عدم الاخذ منه وكذا اذا اخذ منه العشر على قول محمد والا لين بوضع الامام وتوظيفه ان يقول وظفت على هذه الارض الخراج ونحوه لان الامام قط لا يقول في كل قطعة ارض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة الاراضي المعلومة استمر على كل من صارت اليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لانه به التزمه لانه غير لازم لجواز انه اشتراها للتجارة ولا يحكم بالذمة عليه بمجرد حتى يزول ملكه لاحتمال باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها او زراعتها قوله واذا دخلت حربية دارنا بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية ففي تزوجها مسلما اولى وعكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الائمة الثلاثة في الحربية ايضا قياسا على الرجل ونحن بينا الفرق بان تزوجه ليس دلالة التزامه المقام فان في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها فحين اقدمت عليه كانت ملتزمة ما يأتي منه ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج الى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على ارضها ونحو ذلك قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذممهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما في دار الاسلام من ماله لما دام حيا فان مات فهو لورثته وكذا اذا قتل من غير ان يظهر على دارهم كما اذا مات في دار الاسلام مشمول بامانا ما دام في دارنا وبه قال الشافعي واحمد فان قيل ينبغي ان يصير فيئا كما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم يكون فيئا لا تكون بدلالة المودع كيده في دار الاسلام اجيب بالفرق بان ما في دار الحرب معصوم من وجه لا من كل وجه فان دار الحرب دار اباحة لا عصمة فلا يصير مغنوما بالشك بخلاف ما في دار الاسلام يثبت في كل وجه فينبغي ان يثبت الملك وهو ان يصير نفسه مغنوما وذلك بان يؤسر او يظهر على داره فيقبل فرح تصير الوديعة فيئا لعامة المسلمين توضع في بيت المال لانها في يده تقديرا فاذا غنم غنمت بخلاف ماله من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لانها ليست في يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انها يختص بها المودع لما ذكره المصنف في الدين واما الدين فيسقط عمن في ذمته لان ثبوت يده عليه ينقطع اذ قد صار ملكا للمديون وانما هي ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنامه فيسقط الدين واذا تحققت هذا ظهر لك ان اختصاص المديون به ضروري غير محتاج الى تعليله بان سقطت يده اليه قوله ما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال اي ما عملوا خيلهم وركابهم في تحصيله بالقتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل ويقال وجف البعير يجف وجفا ووجيفا اذا حملته على الوجيف يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج وكذا الجزية في عامة القطار والحبوس وسد الثغور وكري الانهار العظام

[illegible] دخل حربي دارنا بغير امان واودع بعضهم ولده صغارا وكبارا مالا او ترك بعضهم عبدا مسلما فاسلم بعضهم فظهر على الدار فذلك كله في حكم الاموال ولا يكون الكبار فيئا بتبعية الصغار لانهم حربيون كبار وليسوا بتبع لاحد فلا يثبت الرق في حقهم الا بالاسر بخلاف ما قبل هذا لان الصغار هناك تبع لابيهم في الاسلام وبه تبين انه لا يتحقق ذلك وكذا الاموال لا تصير محرزة بالدار واحدة لاحتمال ان يبقى احدهم فيها وعنده ان اسلم في دار الحرب ثم سبي ثم ظهر على الدار فهو على هذا الخلاف وكذا لو اسلم احدهم بعد ما ظهر على الدار فهو على هذا الخلاف ايضا لان الدار لا تصير محرزة بنفسها ما لم يكن معها احد من اهلها

ومن قتل مسلما خطأ فلا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد وهو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال فليس له ان يعفو لان الحق للعامة ولا بينة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

وان العصمة اصلها العصمة المؤثمة لحصول الزجر بها اي بالعصمة ولو قال بها اي بالاثم كان احسن والعصمة المقومة كمال فيها اي في اصل العصمة كمال الانتفاع به اي بالتقوم على المنتفع لها فتعلق هذه العصمة بما علق به الاصل اعني المؤثمة وقال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم فتصرف العصمة الى كمالها وذلك بالمقومة والمؤثمة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فانه في القتل الخطأ ولم يسقط حق الولي على منع القصاص في العمد كتبنا ما ذكرناه في المسئلة من دلالة الآية لانه تعالى افاض في تفاصيل موجبات القتل الخطأ فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فاوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان اي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة واقتصر عليه فعرف انه تمام الموجب فانه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال موجبه كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب هو الا لم يكن بيانا لموجبه بل لبعض موجبه وزاد الميم وجعلها آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعا الى حرف الفاء وقربان الفاء للجزاء والجزاء هو الكافي يقال جزاه الله اي كفاه وهو سهو لان لفظ الجزاء المحول معنى الفاء لفظ اصطلاحي اي جعلي لان اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء والكافي بل المراد يقول النحاة الفاء للجزاء اي دالة على ان ما بعدها مسبب مما قبلها فسمي السبب جزاء اصطلاحا لا لغة فليتامل وان العصمة المؤثمة في الاصل بالآدمية للوصف الاسلام لانه خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها لا يمكن الا مع حرمة التعرض له وانما زالت تعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هي الاصل فيها الا النفوس لان التقوم يؤذن بجبر الغائب ومن شرطه التماثل وهو في المال لا النفوس وكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة في الاموال في الاموال بالاحراز بدار الاسلام العرية بالمنعة فكذا في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار عصمة الكفر فاوجب بطلانها فان قيل ليصح ما ذكرتم لزم في المرتد والمستأمن اذا قتل في دارنا الدية اجاب بانهما من اهل الحرب حكما لقصد الانتقال اليها فلم يجب شيء واما قوله صلى الله عليه وسلم عصموا مني دماءهم فمقبول لا شك في ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كمالا الا بدليل ولو سلمنا فقد قال عليه الصلوة والسلام الاسلام يجب ما قبله والا لا يكفرون سواد العدو الا ان هذا لا ينتقض في الاسير لمسلم قوله ومن قتل مسلما خطأ فلا ولي له او قتل حربيا دخل دار الاسلام بامان فاسلم ثم قتله خطأ فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة بالاسلام ودارة خطأ ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له بالعرض لان المال يؤخذ ممن هلك بل الوضع في بيت المال وان كان قتل المسلم الذي لا وارث له والمستأمن الذي اسلم ولم يسلم معه وارث قصدا ولا تبعا بان لم يكن معه ولد صغير دخل به الينا عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية منه بطريق الصلح لا الجبر لان موجب العمد عندنا القصاص عينا الا ان يتصالحوا على الدية وانما كان ذلك للسلطان لانه هو ولي المقتول قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت انفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة اخرى هو ان ينزجر امثاله عن قتل المسلمين فيرى بما هو انفع في رايه وبما ذكرنا ظهر ان الاولى ان يقول وهذا لان الدية قد تكون انفع والا كان متعينا الصلح منه عليها وانما ان يعفو فليس له ذلك لان ولاية على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض ولو كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط او غيره خطأ فلا اشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كما في قبلها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف عليه الدية في ماله ولا قتله لانه لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالام ان كان ابن زنا فاشتبه من له القصاص فلا يستوفي

باب العشر والخراج

قال ارض العرب كلها ارض عشر وهي ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن وتهامة الى منقطع الشحر وما بين العذيب والقادسية حلوان ومن العلث عقبة حلوان ومن الثعلبية وبطن الشام الى اقصى حجر باليمن وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان عرضا ومن العلث الى عباد ان طولا وقيل من الثعلبية الى عباد ان وقيل هو غلط لان الثعلبية بعد العذيب بكثير اذا عرفت هذا فارض العرب كلها عشرية لانه عليه السلام والخلفاء الراشدين بعده لم يأخذوا الخراج من ارض العرب ولو فعلوه لنقلت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف لان الهمم تتوفر على نقل امثاله لكونه مما تعم به البلوى ولم ينقل فدل قضاء العادة على انه لم يقع ولان شرط الخراج ان يقرهم عليها على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف لقوله عليه السلام لا تجتمع قبلتان في جزيرة العرب وهذا لان الخراج كالجزية في كونه صغارا ولهذا لا يجتمعان على ذمي واحد وانما يختلفان باختلاف محل الصغار فمحله في الجزية الرقبة وفي الخراج الارض والعرب لا يقبلون الصغار في رقابهم لانهم اعز من ان يرضوا به فلا يقبلون الصغار في ارضهم ايضا وهذا بخلاف سواد العراق لان الصغار هناك في الارض لان اهلها عبيد لنا بالسبي فكانت ارضهم ملكا لنا فكان لنا ان نقرهم عليها بالخراج ونضع عليهم الجزية ولا يلزم على هذا ما اذا اسلموا حيث لا يسقط الخراج لان الصغار في الارض لا يزول بالاسلام كما لا يزول بالموت ولا يلزم ما اذا اسلم الذمي حيث يسقط عنه الجزية لان الصغار في الرقبة لا يزول بالاسلام كما لا يزول بالموت ولا يلزم ما اذا اسلم الكافر حيث لا يسقط عنه الخراج لان الخراج ليس بعقوبة بل هو مؤنة الارض النامية فلا يسقط بالاسلام كما لا يسقط بالموت ولا يلزم ما اذا اسلم الكاتب الذمي قبل اداء الكتابة وترك وفاء لها لانه لا يسلم ولي ولا هو في منعته واحتمال كونه لذمي الامر لا يفيد اذ لا يمتنع به فكان وجوده وعدمه في نفس الامر سواء لانه لا يقدر على الانتفاع فيستوفي

باب العشر والخراج لما ذكر ما يصير به المستأمن ميتا ذكر ما ينوبه من الوظائف المالية اذا صار ذميا وذلك هو الخراج في ارضه ورأسه وفي تفاريعها كثرة فاورد ههنا ما بين وقدم خراج الارض لان الكلام فيه كان يقرب قريب ثم ذكر العشر فيه التماما للوظيفة الارض لانها السبب في الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لان فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الارض او نماء الغلام وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة الارض والرأس وحد الاراضي العشرية والخراجية اولا لانتج اضبط فقال ارض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب وهو ما التميم وذكر ضمير الارض ما يتأنث ويذكر ويوافق ما في قوله ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن وفي بعض النسخ وهو على الظاهر وحجر بفتح الحاء والجيم واسكانها خطأ لان ابا يوسف قال حد ما وراء ارض العرب ما وراء حدود الكوفة الى اقصى صخر باليمن فعرف انه حجر بالفتح والمراد الى آخر جزء من اجزاء اليمن وهو آخر حجر منها وهو مرتفع في آخر موضع من اليمن وقوله من اول عذيب القادسية الى آخر حجر يوجب ان ذلك اول ما وراء ارض الكوفة هذا طولها وعرضها من رمل سيرين للدهناء ويعرف برمل عالج الى مشارف الشام اي قراها وقد يعبر بمنقطع السماوة قال الكرخي وهي ارض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لان بحر الحبش وبحر فارس والفرات احاطت بها وتسمى حجازا لانه حجز بين تهامة ونجد والسواد اي سواد العراق اي ارضه سمي به لكثرة اشجاره وحده من العذيب الى عقبة حلوان عرضا ومن العلث الى عباد ان طولا ويقال من الثعلبية الى عباد ان وقيل هو غلط لان الثعلبية بعد العذيب بكثير اذا عرفت هذا فارض العرب كلها عشرية لانه عليه السلام والخلفاء الراشدين بعده لم يأخذوا الخراج من ارض العرب ولو فعلوه لنقلت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف لان الهمم تتوفر على نقل امثاله لكونه مما تعم به البلوى ولم ينقل فدل قضاء العادة على انه لم يقع ولان شرط الخراج ان يقرهم عليها على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف لقوله عليه السلام لا تجتمع قبلتان في جزيرة العرب فكذا الخراج على ارضهم وسواد العراق المحدود المذكور خراجي لان عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة وهو اشهر من ان ينقل فيه تواتر معين وانما يحتاج الى ذلك في تقدير الموضوع وقوله ووضع على مصر الخ اسند الواقدي الى شيخه من اهل مصر ان عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رؤسهم والخراج على اراضيهم ثم كتب الى عمر رضي الله عنه بذلك واسند ايضا الى عمرو بن الحارث قال كان عمرو بن العاص بعث بجزية اهل مصر وخراجهم الى عمر رضي الله عنه كل سنة بعد ما حبس ما يحتاج اليه وقد استطاب عمر نفس الخراج فكتب يكتاب يلومه فيه ويشدد عليه وهذا يخالف ما ذكر بعض الشارحين من ان مصر فتحت صلحا وارضها عنوة على يدي عمرو بن العاص وخراج على اراض الشام فمعروف قيل ومدينة الشام فتحت صلحا وارضها عنوة على يدي يزيد بن ابي سفيان وشرحبيل وعبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت اجنادين صلحا في خلافة ابي بكر رضي الله عنه وفي والبلقاء الفتح في المشهور وسواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة لان الامام اذا فتح ارضا عنوة له ان يقر اهلها على الخراج وعلى رؤسهم الجزية فتبقى الارض مملوكة لاهلها وقد مناه من قبل في باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي رحمهما الله ان للامام ان يقر المسلمين فلا يجوز لاهلها هذه التصرفات قوله وكل ارض اسلم اهلها عليها احرزوا انفسهم فيها وفتحت عنوة وفتحت عنوة عشرية لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لان فيه معنى العبادة ولانه اخف حيث

وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر كذا في العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بما تأخذ فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج قال ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف رحمه الله معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عندهما كلها عشرية باجماع الصحابة رضي الله عنهم لان حيز الشيء يعطى له حكمه كماء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر منه وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رحمه الله ان احياها بحفر انهار حفرها الاعاجم او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات والابلة العظام التي لا يملكها احد ففي عشرية وكذا ان احيا بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد ففي خراجية ما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كما هو المعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامية يتعلق الواجب بنفس الخارج فلا يؤخذ الا ممكن خارجا فهو لائق بالمسلم وكل ارض فتحت عنوة واقرها الله عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج لائق به لان فيه معنى العقوبة للمتعلق بالتمكن من الزراعة وان لم يزرع وفيه نظر مذكور في الخراج ان شاء الله تعالى ومكة مخصوصة من هذا العموم فانها فتحت عنوة على ما استفدناه في باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه انها فتحت عنوة ولم يوظف عليها خراجا ولتخص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم اخرج مسلم عن ابي هريرة انه ذكر فتح مكة فقال اقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير رضي الله عنه على احدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الاخرى وبعث ابا عبيدة على الحبش واخذه امن بطن الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبته قال فنظر الي فقال يا ابا هريرة قلت لبيك يا رسول الله فقال اهتف لي بالانصار فلا يأتيني الا انصاري فجعلت بهم فجاؤا فاطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم وبثت قريش اوباشها فقال لهم الا ترون الى اوباش قريش واتباعهم ثم قال بيديه فضرب احداهما على الاخرى وقال احصدوهم حصدا حتى توافوني على الصفا قال ابو هريرة فانطلقنا فما شاء احد ان يقتل شيئا منهم الا قتله الحديث بطوله فاضمم هذا الى ما هناك وقد ذكر الطبري انه فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر ان الاهواز وفارس واصفهان فتحت عنوة للعمر رضي الله عنه على يدي ابي موسى وعثمان بن ابي العاص وعتبة بن غزوان وكانت اصبهان على يدي ابي موسى خاصة واما خراسان ومرو ورو فتحا صلحا في خلافة عثمان رضي الله عنه على يد عبد الله بن عامر بن كريز واما ماوراءها فافتتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عثمان عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارا وبعد ذلك على يدي المهلب بن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم واما الري فافتتحها ابو موسى في خلافة عثمان رضي الله عنه صلحا وفي رواية فتحت طبرستان على يدي سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة واما جرجان ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان فتحها عبد الله بن عامر في خلافة عثمان رضي الله عنه صلحا وافتتح الجبل كله عنوة في وقعة جلولاء ونهاوند على يدي سعد والنعمان بن مقرن واما الجزيرة فتحت صلحا على يدي عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة واما هجر فادوا الجزية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل واما اليمامة فافتتحها ابو بكرة واما الهند فافتتحها قاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين قوله وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار الخ وقد علم من عادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بين ما في القدوري والجامع او زيادة في الجامع يقول بعد لفظ القدوري وفي الجامع الصغير وههنا المخالفة ظاهرة فان قول القدوري كل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج مطلق فهو اعم من ان يصل اليها ماء الانهار او لا يصل بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع قيد خراجيتها بان يصل اليها ماء الانهار ونحن نقطع ان الارض التي اقر اهلها عليها لو كانت تسقى بعين او بماء السماء لا تسقى على العشرية بل تصير كمن الاخراجية لان اهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم ارض عشرية ومعلوم ان العشرية قد تسقى بعين او بماء السماء لا تسقى على العشرية بل تصير خراجية في قول ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك اما في الابتداء فهو ايضا يمنعه والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كل ارض فتحت عنوة بالقتال فصارت ارض خراج وكل ارض يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وكل ارض لا يصل اليها ماء الانهار فاستخرج فيها عين فهي ارض عشر والاراضي التي اسلم اهلها عليها فهي ارض عشر فقوله وكل شيء يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج عطف على كل ارض فتحت عنوة والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج وكل ارض لم تفتح عنوة ووصفها انها يصل اليها ماء الانهار

قال والخراج الذي وضعه عمر رض على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رض فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب

فهي ارض خراج وحاصله تقسيم ارض الخراج الى ما يفتح عنوة والى ما لم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الانهار ثم يجب تقييد الاول بان يقر اهلها عليها بالضرورة وكان هذا معلوما اذ لا يبتدى المسلم في اول الفتح قط ببتوظيف الخراج في الاراضي المقسومة كما سيجب تقييد الانهار فانها لا تكون خراجية ما لم تكن الانهار العظام كالنيل والفرات والحاصل ان التي فتحت عنوة ان اقر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يزاد الارض التي احياها محي فان التي فتحت عنوة مما يبتدى فيها التوظيف غير المقسومة وتقرر اهلها عليها ليس الا الموات التي احييت ويصير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج اذا قام اهلها عليها وكل ارض لم تفتح عنوة بل احياها المسلم ان كان صفتها انها يصل اليها ماء الانهار ففي خراجيته اذا مار عين ونحوه فعشرية وبهذا قول محمد وهو قول ابي حنيفة ولو شرحه كذا استغنى بها عن ذكر المسئلة التي تليه فانها هي وحاصلها ان محمدا قال فيمن احيى ارضا ميتة ببئر حفرها او عين استخرجها او ماء دجلة والفرات وباقي الانهار العظام التي لا يملكها احد او بالمطر ففي عشرية وان احياها بماء الانهار التي سقتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك من العجم ففي خراجية لان الاعتبار في مثله للماء لانه السبب لنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرما فيستبر السقي لان السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فيصير خراجية عليه وعند ابي يوسف يعتبر بخيرهما اي بما يقرب منها فان كانت من خير اراضي الخراج اي بقربه ففي خراجية او ارض العشر ففي عشرية لان القرب من اسباب الترجيح فيترجح كونها خراجية بالقرب من ارض الخراج وعشرية كذلك واصله فمنيته الدور اعطى له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها فهو غير مملوك لمرور من اجل ان احق الانتفاع لو قال المستأجر لآجر هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفر واحفر واقلا ضمان عليهم في الاستحسان بل على المستأجر لان كونه فناء بمنزلة الدار مملوكا في الظاهر في التصرف من القاء الطين والحفر وربط الدابة غير ان ابا يوسف استثنار البئر من ضابطه فانها عشرية عنده وان كانت من خير ارض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره ابو عمر بن عبد البر وبه يترك القياس فيها كذلك هذا وقد ظهر من قوله ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم الخ ان المراد بموضوع المسئلة اعني قوله ومن احيى ارضا مواتا المسلم ولا بد من ذلك حتى لو احياها ذمي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السماء ونحوه اولا وسواء كانت عند ابي يوسف من خير ارض الخراج او العشر وظهر منه ايضا ان كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لان الخراج جزاء المقاتلة على حمايتهم فما يسقى بما حموه وجب فيه قوله والخراج الذي وظفه عمر رض على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ثمانية ارطال خلافا لابي يوسف ثم نص على الصاع ابو يوسف ومحمد فقال ابو يوسف هاشمي السر عن الشعبي عن عمر بن الخطاب رض وفرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل ارض يبلغها الماء عملت او لم تعمل درهما ومختوما قال عامر وهو الحجاجي وهو الصاع انتهى وعامر هو الشعبي وقال محمد في الاصل فما كان من ارض الخراج من جامر او غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة يزرع ذلك صاحبه في السنة مرة او مرارا او لم يزرعه كله سوار وفي كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج هو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية ارطال والمراد من القفيز المأخوذ قفيز ما زرع حنطة او شعيرا او عدسا او ذرة قاله الطحاوي واستحسنه الدرهم بالوزن سبعة والمراد من الجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لان ذراع العامة ست قبضات وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في اراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الارض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف اهله لقضاء ان الجريب يختلف قدرة في البلدان ومقتضاه ان تجب الواجب هو قفيز ودرهم مع اختلاف

ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم

اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها

المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف اخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة مائتان

منا وقيل خمسون في ديارهم والمعول عليه ما في الهداية وغيرها واما جريب الرطبة ففيه خمسة ادراهم ولا شيء فيه من الخارج وفي جريب الكرم المتصل و

النخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه وقيل بالاتصال لانها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزرعة لا شيء فيها بل المعتبر

وظيفة عمر رضي الله عنه على ما في الزرع وكذا لو غرس اشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة ارضها ففي ارض كرم مذكر في الكفاية وفي شرح الطحاوي

لو انبت ارضه كرما فعليه خراجها الى ان يطعم فاذا اطعم فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان اقل فنصفه الى ان ينقص عن ضعف

ودرهم فان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الارض الى ان يطعم الكرم ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه بذلك فقال انه بعث عثمان

بن حنيف حتى مسح سواد العراق وهو الذي اخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن ابي طالب رضي الله عنه حين اخى بين المهاجرين والانصار

وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستة وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم قال

شارح في قوله ووضع على ذلك ما قلنا انه سهو بل يقال ووضع ذلك على ما قلنا اي وضع الخراج ولا يخفى ان مرجع اسم الاشارة الست والثلثون الف الف اي ووضع

على الجريان المقادير التي ذكرناها ولا سهو فيه الى قائل هذا وقد تقدم رواية ابي يوسف به وهو منقطع لان الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه واعلم ان الرواية عن عمر رضي الله عنه

اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن ابي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال ووضع عمر رضي الله عنه على اهل السواد على كل جريب

ارض يبلغه الماء عامرا او غامرا درهما وقفيزا من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وعشرة اقفزة ولم يضع على النخيل شيئا جعله تبعا للارض ثم روى

عن ابي اسامة عن قتادة عن ابي مجاز قال بعث عمر رضي الله عنه عثمان بن حنيف على مساحة الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة وعلى جريب النخل

ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البر اربعة دراهم وعلى جريب الشعير درهمين وقال ابو عبيدة في كتاب الاموال ثنا هشيم بن بشير

ابنا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله الى ان قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من ارض اهل الذمة فجعل

على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر اربعة دراهم وعلى الجريب من الشعير درهمين

وفيه قال واخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضي به فقد رأيت ما هنا من الاختلاف ومالك يعتبر اجازة

الامام لانها وقف على المسلمين عنده فيفوض الى اجازته كما هو الرسم الان في اراضي مصر فان الماخوذ الان اجارة لا خراج الا ترى ان الاراضي ليست مملوكة

للزراعة وهذا بعد ما قلنا ان ارض مصر خراجية والله اعلم كانه لموت المالكين شيئا فشيئا من غير خلاف ورثة فصارت لبيت المال وبنى على هذا ان

لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لان نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة لعدم وجود ما ينفقه عليه

وكذا كتبت في فتوى رفعت الى في شراء السلطان الاشرف برسباي رحمه الله الارض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا

كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك والحمد في رواية كمالك وفي رواية في كل جريب حنطة او شعير درهم والباقي كقولنا وقيل كل الروايات

عن عمر رضي الله عنه صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع على بعضها اقل وبعضها اكثر لتفاوت الريع في تلك النواحي وما قلنا اشهر رواية وارفق بالرعية ثم ذكر المصنف

المعنى في اختلاف الوظيفة فقال ولان المؤن متفاوتة لان الكرم اخفها مؤنة لانه يبقى على الابد بلا مؤنة واكثر ما ريعا والمزارع اقلها ريعا واكثرها

مؤنة لاحتياجها الى البذر ومؤن الزراعة من الحرث والحصاد والدياس والتذرية في كل عام والرطاب بينهما لانها لا تدوم دوام

قال ... ما سوى ذلك كالبستان غير ... بحسب الطاقة لانه ليس فيه توقيت غير ... وقد اعتبر الطاقة في ... فيجب عليهم ... قالوا وهذا ... ان سلم انه يجب نصف خراجه لا يزيد عليه لان التضعيف من الانصاف ما كان لنا ان نفرضه الكل بين انقاذ ... البستان كالارض غير المملوكة وفيها ... خيل متفرقة واجمع الخراج في ديوانه وتقوم من الدراهم ... الارض كلها وتركك لان التقدير يجب ان يكون بسبب الطاقة من ... كان قال زفر لم نوقف عليها لتفهم الاسامة والنقصان عند قلة الريع بالاجماع ... القول عمر رضه لما كلم ... الارض ما لا تطيق فقالا لان عمر لما ما تطيق ولو تركناها لاخذت وهذا يدل على جواز النقصان ... الزيادة عند زيادة الريع بخلاف ... عند محمد ... استبدالا بالنقصان وعند ابي يوسف ... لا يجوز لان عمر رضه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب ... ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو هلاك التقدير المعتبر وفيما اذا اصطلم الزرع آفة ذات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ملحقا بما في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او مدار الحكم على حقيقة الخراج عند ... قال ان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن من الزراعة كان ثابتا وهو الذي فوته اي فوت الريع وهذا شرط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتا فاما اذا لم يتمكن لعدم قوته وهبا فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي او يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة او يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها خراج السنة المنسلخة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم يستمر يأخذ الخراج من

الكرم ويكلفه لعمارها كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة لصلة قوله عليه الصلوة والسلام ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب او دالية ففيه نصف العشر قوله وما سوى ذلك اي من الاراضي التي فيها اصناف غير ما وظف فيه عمر رضه كالزعفران والنخيل الملتفة كالبستان يصلح نظيرا لانه ارض يجوز حولها حوائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة يوضع على ذلك بحسب الطاقة فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزاد على الكرم وعلى جريب الزعفران كذلك ينظر في ذلك كله الى غلتها فان لم تبلغ سوى غلة الزرع لم يؤخذ قدر خراج الزرع والرطبة لم يؤخذ خراج الرطبة او الكرم فالكرم وانما ينتهي الى نصف الخارج لان التضعيف بعد ما كان لنا ان نفرضه كله لان الاموال عين الانصاف قوله فان لم تطق ما وضع عليها بان لم يبلغ الخارج سهما ضعفه نقص الى نصف الخارج كذا افاده في الخلاصة حيث قال فان كانت الاراضي لا تطيق ان يكون الخراج خمسة بان كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز ان ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى فهذا لا فرق بين الارضين الذي وظف عليها عمر رضه ثم نقص نزلها وضعفت الآن او غيرها واجمعوا على انه لا يجوز الزيادة على وظيفة عمر رضه في الاراضي التي وظف فيها عمر رضه او امام آخر مثل وظيفة عمر رضه في الكافي واما في بلادنا فالامام ان يبتدي فيها التوظيف فعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يزيد وقال محمد رح يزيد وقول مالك واحمد وروايته عن ابي يوسف وقول الشافعي له ذلك معنى هذا اذا كانت الارض التي فتحت بعد الامام عمر رضه تزرع الحنطة فاده وان يضع عليها دراهم وقفيزا وهي تطيقه ليس له ذلك وعند محمد ذلك اعتبارا بالنقصان وهذا يوجد ما ذكرته عن جمل الارض في قوله فان لم تطق ما وضع عليها على ما يشغل ارض عمر رضه ومنعه ابو يوسف بان عمر رضه لم يزد حين اخبر بزيادة طاقة الارض ففي البخاري من حديث عمرو بن ميمون اخاف ان تكون حملتها الارض ما لا تطيق قالا محملنا ما امرانا به مطيقة ما فيها كبير فضل وروى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن علي بن الحكم البناني عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاء رجل الى عمر رضه فقال ارض كذا وكذا لا يطيقون من الخراج اكثر مما عليهم فقال ليس لهم سبيل قوله وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة لا خراج عليه امافي غلبة الماء وانقطاعه فلانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج واما في الاصطلام فلفوت النماء التقديري في بعض الحول وكونه ملحقا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او مدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج لان التمكن من الزراعة قائم مقامه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم ان اكثر المشايخ محملوا المذكور في الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانيا فان بقي لا يسقط الخراج لانه خطاها وفي الفتاوى الكبرى تحملوا ان المعتبر فيه زراعة الحنطة او الشعير ام اي زرع كان وان المعتبر مدة تمكن الزرع فيها والمدة تبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج والفتوى على انه مقدر بثلاثة اشهر وهو لا ينافي الوجه الثاني لان ادارة الحكم على حقيقة الخارج ان اسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعد من الزمان واما الوجه الاول فصريح في نفي الوجوب وان بقي امكان الزراعة الى آخر السنة ولم يذكر كثير من المشايخ هذا واعادة الزرع تستدعي نوعا كالاول فان اخرج شيئا فقصارا ان يفي بالمخارجين فاخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه تجبر اصل مال الزرع وكذا ان زرع قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن من الزراعة كان ثابتا وهو الذي فوته اي فوت الريع وهذا شرط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتا فاما اذا لم يتمكن لعدم قوته وهبا فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي او يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة او يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها خراج السنة المنسلخة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم يستمر يأخذ الخراج من

وبين اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاءه على المسلم ويمكن ان يشترى

المسلم ارض الخراج من الذمي ويوخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا الاراضي الخراجية وكانوا يؤدون خراجها فدل

على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما

لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض

المشتري وهذا وان كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا في الحجر على المكاري المفلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع في

اثناء السنة فان بقي منها قدر ما يمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وما عن ابي يوسف انه يدفع للعاجز كفاية من بيت المال قرضا

ليعمل فيها صحيح ايضا ومن فروع ذلك ما اذا انتقل الى احسن الامرين من غير عذر بان كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا اخذ منه خراج الاعلى وهو الكرم لانه

هو الذي ضيع الزيادة على المسلمين قالوا الا فيما يهذا حذرا من تسليط الظلمة على اموال المسلمين اذ يدعي كل ظالم ان ارضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه

بسبب قوله ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك

في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله لما قلنا من ان فيه معنى المؤنة والمسلم من اهل المؤنة كالعشر

والارض لا تخلو منها فابقاء ما تقرر وجبا اولى ولان وضع عمر رضي الله عنه بموافقة جماعة الصحابة رضي الله عنهم ما كان الا ليجيبوا الذين يجيئون من المسلمين بعد اهل الفتح بايديهم

وفتح هذا الباب يؤدي الى فوات هذا المقصود فان الاسلام غير بعيد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه وتقيته من الكلفة وتحمل المشاق في الزراعة ثم وضع

نحو النصف للغير قال المصنف وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا الاراضي الخراجية وكانوا يؤدون خراجها قال البيهقي قال ابو يوسف القول ما قال ابو حنيفة انه كان لا يعرف بين

وجناب بن الارث والحسين بن علي وشريح ارض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها ثنا فهد ثنا محمد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي انه قال لعمر رضي الله عنه

اني اشتريت ارضا من ارض السواد فقال عمر رضي الله عنه فيها مثل صاحبها قال البيهقي واخبرنا ابو سعيد ثنا ابو العباس الاصم ثنا الحسن بن علي بن عفان ثنا

يحيى بن آدم ثنا ابن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال اسلمت امرأة من اهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان اختارت ارضها فالت

ما على ارضها فخلوا بينها وبين ارضها والا فخلوا بين المسلمين وبين ارضهم ورواه عبد الرزاق وابن ابي شيبة ثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن

طارق بن شهاب ان دهقانة من ارض نهر الملك اسلمت فقال عمر ادفعوا اليها ارضها فتؤدي عنها الخراج وقال ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما

ثنا هشيم بن بشير عن شيبان بن الحكم عن زبير بن عدي ان دهقانا اسلم على عهد عمر رضي الله عنه فقال علي رضي الله عنه ان اقمت في ارضك رفعنا عنك الخراج

عن راسك واخذنا ما عن ارضك وان تحولت عنها فنحن احق بها وقال ابن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن ابي عون محمد بن

عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي قالا اذا اسلم له ارض وضعنا عنه الجزية واخذنا خراجها قال المصنف دل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من

غير كراهة وصرح في كافي الحاكم بنفي الكراهة قيل فلو قال من المسلم كان اولى وهو بناء على تعليقه بلفظ اخذه وهو غير مقصود فان الاخذ يقوم بالامام وليس

المقصود افادة انه هل يكره للامام اخذ الخراج من المسلم بل المقصود افادة حكم شراء المسلم الارض الخراجية وتعرضه بذلك الاخذ

منه هل يكره له ذلك او لا فجيء بلفظ للمسلم فيتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة لا كما يقول

بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمنا بهم من كراهة ذلك لما روي انه عليه الصلوة والسلام رأى شيئا من آلات الحراثة

فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا فظنا منهم ان الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة

واتبعوا اذناب البقر قعدوا عن الغزو فكثر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة لما ذكرنا ومن اذا لا شك في انه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء

الا ترى انه لو تكفل بجزية ذمي جاز بلا كراهة قوله ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي ومالك واحمد يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان ذاتا

فان العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيه معنى العقوبة ومحلا فان العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا العشر الارض النامية بالخارج

مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر
في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر
في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضاف ان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج
بتكرر المخارج في سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج

تحقيقا وسبب الخراج الارض النامية به تقديرا ومصرفا مصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج الغزاة المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر او الخراج قال المصنف ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة ثنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عنبسة متهم الى غاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب على ابي حنيفة رح وانما رواه ابو حنيفة رح عن حماد عن ابراهيم فجاء يحيى وصله واخرجه ابن ابي شيبة بنحوه عن الشعبي وعكرمة ثنا ابراهيم بن المغيرة ثنا عبد الله بن المبارك عن حمزة السلولي عن الشعبي قال لا يجتمع عشر وخراج في ارض وقال ثنا ابو خيلة ثنا يحيى بن اوضح عن ابي المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج في مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا النقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه ليكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهب الجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال واما قوله ولان احدا من الائمة فقد منع بقل ابن المنذر الجمع في الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جائز كونه لتفويض الدفع الى الملاك فلم يتعين قول صحابي بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على ان فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي ان ليس عمر بن الخطاب رض على منع الجمع لانه كان متبعا له مقتفيا لآثاره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب المسائل في مسألة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه فليفيء ذلك ثم ان المصنف منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما شيئا واحدا الارض ولا مانع ان يتعلق بالسبب الواحد وهو الارض هنا وظيفتان مع ان العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلوة والسلام فيما سقت السماء ففيه العشر فانه يقتضي ان يؤخذ مع الخراج ان كان ولان تعدد الحكم واتحاد يتعدد السبب واتحاد وسبب كل من الخراج والعشر الارض النامية الا انه يعتبر النماء في العشر تحقيقا لانه اسم اضافي فما لم يتحقق خارج لا يتحقق عشرة وفي الخراج تقديرا ولهذا يضاف ان اليهما فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النماء التقديري غير الارض مع التحقيقي مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هي السبب فاذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكوة التجارة والسائمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب واما قوله ولان الخراج يجب في الارض اذا فتحت عنوة وقهرا والعشر في الارض اذا اسلم اهلها ولازم الاول الكرم ولازم الثاني الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فمعلوم ان بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما اذا اقرا اهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما ان بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل الصلح او بان احيا ما ستأثر الانهار الصغار او كانت قريبة من ارض الخراج على الخلاف ومع هذا فالذي يغلب على الظن ان الراشدين من عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم اجمعين لم يأخذوا عشرا من ارض الخراج والا لنقل كما نقل تفاصيل اخذهم الخراج بهذا تقضي العادة وكونهم فوضوا الدفع الى الملاك في غاية البعد ارايت اذا كان العشر وظيفة في الارض التي وظف فيها الخراج على اهل الكفر هل يقرب ان يتولوا اخذ وظيفة ويكلوا الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤتمنون على اداء شيء من طيب انفسهم واذا كان الظن عدم اخذ الثلاثة صح دليلا لفعل الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون اجماعا وذكر الاسبيجابي لا يجتمع الاجر والضمان عندنا والعشر والحد والجلد والنفي وكذا الرجم مع الجلد وزكوة التجارة مع صدقة الفطر والشافعي رح يوافقنا في الجلد مع الرجم وما سواه يجمع وكذا الزكوة مع احدهما اي العشر او الخراج خلافا للشافعي رح وصورته اذا اشترى ارضا عشرا وخراج بقصد التجارة عليه العشر او الخراج وليس عليه زكوة التجارة عندنا وانما لم يعكس لان العشر والخراج الزم للارض بخلاف الزكوة لان شرط فيها ما لا يشترط فيها قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا في سنة بتكرر الخارج على الطريقة التي قدمنا ذكرها وقد يوازي بها تعلق الخراج

لم نقف على من اخرجه من المتقدمين ولا من المتأخرين في كتب الحنفي والشافعي فيما علمنا وذكر ابن الجوزي في الموضوعات وقال ابن حبان هذا حديث موضوع ورواه

باب الجزية

وهو على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة كل حلة أوقية والمراد بالوجوب هو الثبوت فلا يرد الصلح الذي لا جزية فيه والجزية التي يبتدئ الإمام بوظيفتها إذا غلب على الكفار ففتح بلادهم وأقرهم على أملاكهم فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤوا أو أبوا رضوا أو لم يرضوا فيضع على الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهما بوزن سبعة يؤخذ من أحدهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى أوسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما واحدا وقال الشافعي يضع على كل حالم أي بالغ دينارا أو اثني عشر درهما قال بعض مشايخنا الإمام مخير بينهما والدينار بالقواعد الشرعية بعشرة الا في الجزية فانه يقابل باثني عشر درهما لان عمر رضي الله عنه قضى بذلك وعند عامة أصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقيمة ويستحب للإمام ان يماسكهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني أربعة دنانير وقال مالك يؤخذ عن الغني أربعين درهما أو أربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم أو دينارا وقال الثوري وهو رواية عن أحمد هي غير مقدرة بل مفوض الى رأي الإمام لانه عليه الصلاة والسلام أمر معاذا بأخذ الدينار وصالح هو عليه الصلاة والسلام نصارى نجران على ألفي حلة وعمر رضي الله عنه جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح بني تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على انه لا تقدير فيها معين بل مفوض الى رأي الإمام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن أحمد روايتان أخريان احداهما كقولنا والأخرى كقول الشافعي رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن

بالتمكن فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فاذا عطلها لا يؤخذ بشئ فان اثبت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الاغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب ان يعطل الارض عن الزراعة بالكلية ويؤخذ الخراج من ارض المرأة والصبي والاراضي الموقوفة لان وقفها اخراج من مستحق الى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي ان يطالب بذلك لناظر

باب الجزية هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته اذ يجب اسلموا أو لم يسلموا بخلاف الجزية لا يلتزمون بها الا اذا لم يسلموا ولانه حقيقة الخراج لانه اذا اطلق فانما يتبادر خراج الارض ولا يطلق على الجزية الا مقيدا فيقال خراج الرأس وعلامة المجاز لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كلجية وجبى وهي في اللغة الجزاء وانما ثبت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الاذلال عند الاعطاء على ما سيعرف وهو على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح عليها فيقدر بحسب ما عليه الاتفاق فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر اصالحه صلى الله عليه وسلم أهل نجران وهم قوم نصارى يقرب اليمن على ألفي حلة في العام على ما في ابي داود عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على ان يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكوة قال ابو يوسف في كتاب الخراج وابو عبيد في كتاب الاموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل نجران اجدان قال على ألفي حلة على كل حلة أوقية يعني قيمتها أوقية فقول الواو الجي كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لان الاوقية اربعون درهما والحلة ثوبان ازار ورداء وتعتبر بهذا الحلل في مقابلة ما يؤخذ من رؤسهم واراضيهم قال ابو يوسف لفاضلة على اراضيهم وعلى جزية رؤسهم تقسم على رؤس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل ارض من اراضي نجران وان كان بعضهم قد باع ارضا وبعضها من مسلم او ذمي او تغلبي والمرأة والصبي في ذلك سواء في اراضيهم وانما جزية رؤسهم فليس على النساء والصبيان انتهى يعني انما وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم ارضا ولم يبع ثم اذا باع يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله يؤخذ الخراج من المشتري المسلم وعشره من التغلبي المشتري وقول المصر على النصف وبائع حلة بخير صحيح وكذا قوله في بني نجران فان النجران اسم الارض من غير اليمن لا اسم قبيلة فكذا كان الثابت في الحديث اهل نجران والضرب الثاني جزية يبتدئ الامام بوظيفتها اذا غلب على الكفار ففتح بلادهم واقرهم على املاكهم فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤوا او ابوا رضوا او لم يرضوا فيضع على الغني في كل سنة ثمانية واربعين درهما بوزن سبعة يؤخذ من احدهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى اوسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما واحدا وقال الشافعي يضع على كل حالم اي بالغ دينارا او اثني عشر درهما قال بعض مشايخنا الامام مخير بينهما والدينار بالقواعد الشرعية بعشرة الا في الجزية فانه يقابل باثني عشر درهما لان عمر رضي الله عنه قضى بذلك وعند عامة اصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقيمة ويستحب للإمام ان يماسكهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني اربعة دنانير وقال مالك يؤخذ عن الغني اربعين درهما او اربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم او دينارا وقال الثوري وهو رواية عن احمد هي غير مقدرة بل مفوض الى راي الامام لانه عليه الصلاة والسلام امر معاذا باخذ الدينار وصالح هو عليه الصلاة والسلام نصارى نجران على الفي حلة وعمر رضي الله عنه جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح بني تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على انه لا تقدير فيها معين بل مفوض الى راي الامام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن احمد روايتان اخريان احداهما كقولنا والاخرى كقول الشافعي رواه ابو داود والترمذي والنسائي عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن

وذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة لمعاقلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا او لهذا امر بالاخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية

وامر في ان اخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا او تبيعة ومن كل اربعين مسنة ومن كل حالم دينارا او عدله معافر من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي حسن صحيح وذكر ان بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو اصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى ليس فيه ذكر الحالمة وفي مسند عبد الرزاق ثنا معمر وسفيان الثوري عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى ان قال ومن كل حالم او حالمة دينارا او عدله معافر وكان ممن يقول هذا غلط ليس على النساء شيء وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحاكم وقال ابو عبيد وهذا والله اعلم فيما نرى منسوخ اذ كان في اول الاسلام نساء المشركين وولدانهم يقاتلون مع رجالهم فيستدل لذلك بما روى المصعب بن جثامة ان خيلا اصابت من نساء المشركين فقال عليه الصلوة والسلام هم من آبائهم ثم اسند ابو عبيد عن المصعب بن جثامة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اولاد المشركين أنقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم يريد ثم رأى الاول بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافري ثوب منسوب الى معافر من مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب وفي الفوائد الظهيرية معافري منسوب الى معافر حي من همدان ينسب اليه بدرة الثياب المعافرية وهذا ذكره ابن فارس في الجمل وفي الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع باليمن ينسب اليه الثياب المعافرية وفي غريب الحديث للحربي البرد المعافري منسوب الى معافر من اليمن وفي الجمهرة قال الاصمعي ثوب معافري غير منسوب فمن نسب فهو خطأ عنده ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل ولذا لم تجب على من لم يحل قتاله بسبب الكفر كالذراري والنساء وبهذا المعنى يندفع الغني والفقير لان كلا منهم يقتل قوله وهذا مذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم اجمعين ذكره الاصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد فمسحا ارضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا اخبراه بذلك فامضاه ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل علي كذلك وروى ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي محمد بن عبد الله الشفقي قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الجزية على رؤس الرجال على الغني ثمانية واربعين درهما وعلى المتوسط اربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه في كتاب الاموال ثنا ابو نعيم ثنا مندل عن الشيباني عن ابي عون عن المغيرة بن شعبة ان عمر رضي الله عنه وضع الخ وطريق آخر رواه ابن سعد في الطبقات الى ابي نضرة ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وضع الجزية على اهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغني الخ ومن طريق آخر اسنده ابو عبد القاسم بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر رضي الله عنه انه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم بلا نكير فحل محل الاجماع ثم عارض المصر معناه بقوله ولانه اي الجزية وجبت نصرة للمقاتلة اي خلفا عن نصرة مقاتلة اهل الدار لان من هو من اهل دار الاسلام عليه نصرهم وقد فاتت بسيلهم الى اهل الدار المعاندين لنا لاصرارهم على الكفر ولهذا اضيفت الى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين فيجب خلفا بالغا حالما لانه نصرة الغني لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فانه كان غير راكب ويركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا معنى قول المصور ذلك لان النصرة متفاوتة بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله يعني الجزية والحق بخراج الارض فانه وجب على التفاوت واورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم ان لا يؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متتابعين او يطلب الامام منهم ذلك والحال انها تؤخذ منهم مع ذلك اجيب بان الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للامام تغيير المشروع وتحقيقه ان النصرة التي فاتت نصرة المسلمين فقد الاسلام فاتت بالكفر فابدلت بالمال وليس نصرتهم في حال كفرهم بتلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها واعلم ان الجزية خلف عن قتله ونرمناجيفا قال ومارواه من وضع الدينار على الكل محمول على انه كان صلحا فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك وقلنا ولان اهل اليمن كانوا اهل ردة والنبي صلى الله عليه وسلم لعلهم ففرض عليهم ما على الفقراء ليدل على ذلك

قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم فيه خلاف الشافعي هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من عداهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر وكذا الجزية فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين والحال ان نفقته في كسبه فقد اداه حاجة نفسه الينا او بعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه عام مخصوص باخراج اهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا اتباعا لا صلهم في الكفر فكانوا اتباعا في حكمهم فكان الجزية على الرجل اتباعا في المعنى ان كان له اتباع والا فهي عنه خاصة قوله وان ظهر عليهم اي على من تقدم ذكرهم من اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية فهم فيء للامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية قوله ولا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب لا المرتدين لان كفرهما يعني مشركي العرب والمرتدين قد تغلظ فلم يكونوا في معنى العجم اما العرب فلان القرآن قد نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر فكان كفرهم والحالة هذه اغلظ من كفر العجم واما المرتدون فلان كفرهم بعد ما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه فكان كذلك فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة لزيادة الكفر وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وهو قول مالك واحمد لان الاسترقاق انما ثبت

ما روى البخاري عن ابي نجيح قلت لمجاهد ما شان اهل الشام عليهم اربعة دنانير واهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار واعلم انه سيجيء ما يفيد ان الجزية خلف عن قتلهم والوجه انها خلف عن قتلهم ونسترقهم جميعا لا عن احدهما فقط فنفى عن المجموع ثم اختلف في المراد من الغني والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشر آلاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا ما لم يصل الى العشرة فمتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وعن بشر بن غياث من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر ومن ملك بلا فضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل اي المكتسب وقال الفقيه ابو جعفر ينظر الى عادة كل بلد في ذلك الا ترى ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكره عن ابي نصر محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء اما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض قوله وتوضع الجزية على اهل الكتاب اليهود يدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا انهم يخالفونهم في فروع والنصارى يدخل فيهم الفرنج والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية واما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى او قال هم من اليهود فهم من اهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب قليسوا من الكتابيين بل كعبدة الاوثان وفي فتاوى قاضيخان وتوخذ اي الجزية من الصابئة عن ابي حنيفة خلافا لهما واطلق في اهل الكتاب فشمل اهل الكتاب من العرب والعجم واما المجوس عبدة النار ففي البخاري ولم يكن عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهذا قول المصنف ووضع عليه الصلوة والسلام الجزية على المجوس وهجر بلدة في البحرين قوله وعبدة الاوثان بالجر اي وتوضع على عبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه الى الجزية في حق اهل الكتاب بالقرآن اعني ما تلوناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية

وفي المجوس بالخبر الذي ذكرناه في صحيح البخاري فيبقى من ورائهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم بجامع ان كلا من الاسترقاق والجزية يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر لانه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين والحال ان نفقته في كسبه فقد اداه حاجة نفسه الينا او بعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه عام مخصوص باخراج اهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا اتباعا لاصلهم في الكفر فكانوا اتباعا في حكمهم فكان الجزية على الرجل اتباعا في المعنى ان كان له اتباع والا فهي عنه خاصة قوله وان ظهر عليهم اي على من تقدم ذكرهم من اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية فهم فيء للامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية قوله ولا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب لا المرتدين لان كفرهما يعني مشركي العرب والمرتدين قد تغلظ فلم يكونوا في معنى العجم اما العرب فلان القرآن قد نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر فكان كفرهم والحالة هذه اغلظ من كفر العجم واما المرتدون فلان كفرهم بعد ما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه فكان كذلك فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة لزيادة الكفر وعند الشافعي يسترق مشركو العرب وهو قول مالك واحمد لان الاسترقاق انما ثبت

واذا اظهر عليهم فساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر الصديق رض عنه استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين

ومن اسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانهما وجبت بدلا عن القتل او عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لانعدام

الاهلية قال ولا زمن ولا على وكذا المفلوج الشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف رح انه تجب اذا كان ممن يقتل في جملة ما كان له رأي ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي رح له اطلاق

معاذ رض عنه قلنا ان عثمان رض عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رض عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل

حكما فيجوز كما يجوز اتلاف نفسه بالقتل ولنا قوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون اي الى ان يسلموا وروي عن ابن عباس انه عليه الصلوة والسلام قال لا يقبل

من مشركي العرب الا الاسلام او السيف وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس رض وقال او القتل مكان او السيف وعنه

عليه الصلوة والسلام لا رق على عربي واخرجه البيهقي عن معاذ رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابت على احد من العرب رق لكان اليوم وقا

لهم وجوابه ما قلنا يعني من ان كفره اغلظ فلا يكون له حكم الاخف منه قوله واذا ظهر عليهم اي على مشركي العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء يسترقون لانه

عليه الصلوة والسلام استرق ذراري اوطاس وهوازن وابو بكر رض استرق بني حنيفة اسند الواقدي في كتاب الردة في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم ان

خالد بن الوليد صالحهم على ان يؤخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحا فاخرج السلاح والكراع والاموال والسبي

ثم قسم السبي قسمين واقرع على القسمين فخرج سهمه على احدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحدثني ابو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر

عن اسماء بنت ابي بكر الصديق رض قالت قد رأيت ام محمد بن علي بن ابي طالب رض وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنيفية ويسمى ابنها

محمد بن الحنيفة وقال حدثني عبد الله بن نافع عن ابيه قال كانت ام زيد بن عبد الله بن عمر رض من ذلك السبي وحنيفة ابو حي من العرب سمي به لان خديمة

ضربه حين التقيا فخسف رجله وضرب حنيفة يده فجذم فسمي حنيفة وحنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل واعلم ان ذراري المرتدين ونساءهم

يجبرون على الاسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الاوثان لا يجبرون وفي فتاوى قاضيخان واما الزنادقة قالوا لو جاء زنديق قبل ان

يؤخذ فاخبر انه زنديق وتاب تقبل توبته فان اخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لانهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه

الجزية قوله ولا جزية على امرأة ولا صبي وكذا على مجنون بلا خلاف لان الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي رح وعن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهو لا

ليس كذلك ولا على اعمى وزمن ولا المفلوج وعن الشافعي رح يؤخذ منهم لاعتبارها باجرة الدار ولا تؤخذ من الشيخ الكبير الذي لا قدرة له على قتال ولا كسب

وعن ابي يوسف رح تؤخذ منه اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي في الحرب وجه الظاهر انه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقولنا

بيناه والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل كعلم يزمن زمانة قوله ولا على فقير غير معتمل اي الذي لا يقدر على العمل وان احسن حرفة وعلى قول الشافعي رح

عليه الجزية في ذمته لاطلاق حديث معاذ رض وهو قوله عليه الصلوة والسلام خذ من كل حالم ولنا ان عثمان رض لم يوظف الجزية

على فقير غير معتمل اذ وظف عثمان بذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رض وروى ابن زنجويه في كتاب الاموال ثنا الهيثم بن عدي

ابن عمر بن نافع حدثني ابو بكر العيشي صلة بن زفر قال البصر عمر شيخا كبيرا من اهل الانبات يسأل فقال له مالك قال ليس لي مال وان

الجزية تؤخذ مني فقال له عمر ما انصفناك اكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب الى عماله ان لا تأخذوا الجزية من شيخ كبير

ولان خراج الارض كما لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس بجامع عدم الطاقة بحكمة دفع الضرر الدنيوي والحديث محمول

على المعتمل بالمعنى الذي ذكرنا وبتوظيف عمر المقترن بالاجماع جمعا بين الدليلين فان قلت ما تقدم من توظيف عمر رض ليس فيه المعتمل

قلنا قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثنى عشر اخرجه البيهقي فلا يقال بنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف

ولا يقولون به لانا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز ان يضاف الى الاصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم انما توظف على المعتمل

اذا كان صحيحا في اكثر السنة والا فلا جزية عليه لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن النصف العام

ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب للتجانس ولا يؤدي عنهم
موالیهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكره هنا وذكر محمد ره عن ابي حنيفة ره انه توضع عليهم
اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف ره ووجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم
انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعقل صحيحا ويكفي صحته في اكثر السنة وعن اسلم وعليه
جزية سقطت وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي ره فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه
العوض بهذا العارض كما في الاجرة والقتل عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر لهذا تسمى
جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا للدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام

قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى الاعتبار الاول يجب لان المملوك الحربي
يقتل وعلى الاعتبار الثاني لا يجب لان المملوك عاجز عن النصرة فانتفى الاصل في حقه فانتفى الخلف لان شرطه انتفاء الاصل والامكانة دارين ره
وعندنا فلا يجب بالشك والوجه ان يقال انها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا ولا يتحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل
بنفي الجزء وهذا لا نذكره فيما يلي هذه المسئلة واذا كان خلفا عن ابي حنيفة لا يحسن قوله فلا يجب بالشك بل لا يجب بلا شك ثم لا يخفى ان ذكر ام الولد ليس
على ما ينبغي فان من المعلوم ان لا جزية على النساء ولعله ابن ام الولد فسقطت لفظة ابن **قوله** ولا يؤدي عنهم موالیهم يعني لما قلنا لا توضع عليهم جاز ان
يقال انها تؤخذ من موالیهم فيؤدون عنهم فازال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدي عنهم موالیهم لانهم تحملوا الزيادة في الجزية حتى لزمتهم جزية الاغنياء بسببهم فلا يؤخذ
منهم عنهم شيء آخر والا كانوا ملزمين بجزيتين ويقدر بوجه آخر وهو انهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم سعيا شرعا فلا يجب شيء آخر
وهذا بناء على ان غنا الملاك بهم لانهم مال ويجرون المنان بالكسب **قوله** ولا توضع على الرهبان جمع راهب وقد يقال هو للواحد رهبان ايضا وشرط
ان لا يخالط الناس ومن خالط منهم فعليه الجزية هكذا ذكر القدوري وذكر محمد عن ابي حنيفة ره انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على
العمل وهو قول ابي يوسف ره ووجه الوضع انه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل ارض المباح من الزراعة ووجه وضع الجزية
عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا يخفى ان هذا اصل الشافعي ره على ما تقدم انها
عندنا بدل عن نصرتهم التي فاتت بالكفر وعنده بدل من القتل فافاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقابل المجموع
منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم ايانا فمتى تخلف احدهما انتفى وجوبها وعن محمد لا جزية على المسكين قيل يجوز انه اراد من يقدر على العمل منهم فيكون
اتفاقا ويجوز ان يقول هو لا يخالط الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل **قوله** ومن اسلم وعليه جزية بان اسلم بعد كمال السنة سقطت عنه
وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعي ره فيهما وكذا الومات في اثناء السنة او اسلم وفي اصح قولي الشافعي ره لا تسقط فيهما ايضا وعلى هذا
الخلاف لو عمر او من او اقعد او صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او افتقر بحيث لا يقدر على شيء لان الجزية وجبت بدلا عن العصمة التي ثبتت
للذمي بعقد الذمة كما هو قول الشافعي ره او بدلا عن السكنى في دار الاسلام كما هو قول آخر له وقد وصل اليه العوض وهو حقن دمه وسكناه
الى الموت او الاسلام وصار بذلك مستوفيا للبدل فتقرر البدل دينا في ذمته فلا يسقط بهذا العارض الذي هو موته او اسلامه كسائر
الديون من الاجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل اداءه ولنا ما اخرجه ابو داود و
الترمذي عن جرير عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم
جزية قال ابو داود وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا اسلم فلا جزية عليه وبالفظ الذي فسره به سفيان الثوري
رواه الطبراني في معجمه الاوسط عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان
قابوسا وليس قابوس في مسند الطبراني فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل الاسلام بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة
اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فالاخبار به عن جهة الفائدة ليس كالاخبار بسقوطها في حال البقاء وبذا يخص السقوط بالاسلام
والوجه العموم توبة واسلاما وبهذا الحديث ونحوه اجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاستحقاق

فاوجبت بدلا من النصرة فى حقنا وقد قبله ١ اى نفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمى يسكن ملك نفسه فلا يصغر كما يجاب به فى العصمة والسكنى ولان اجتمعت على ٢ اى ان تداخلت الجزيتان ٣ اى ومن لم تؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يؤخذ منه وهو قول الشافعى وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه فى قولهم جميعا كذلك ان مات فى بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف لا تداخل فيه بالاتفاق تنبيها فى الخلافية ان الخراج يجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها استوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالى السنتين بخلاف ما اذا اسلم تعذر استيفاؤه ولابى حنيفة رحه انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه وانما لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه فى اصح الروايات بل يكلف ان يأتى به بنفسه فيعطيه قائما والقابض جالس وفى رواية يأخذه بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا ذمى وقيل حد وقاله تثبت عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كحد الزنا والسرقة لانها شرعت زواجر عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا الكن المستقبل لا فى الماضى لان القتل انما يستتبع تحريب قائم فى الحال لا تحريبا حاصلا وكذا الغنيمة فى المستقبل لا الماضى وقضاء الامام عنه قوله محمد رحه فى الجزية فى الجامع الصغير جاءت سنة اخرى حملوه بعض المشايخ على الماضى مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا يمنع من المضى ليتحقق الاجتماع فيتداخل عوضا البعض هو المجرى على حقيقته والوجوب عندابى حنيفة رحه باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجىء المجىء والاصح ان الوجوب عندنا فى ابتداء الحول وعند الشافعى رحه فى اخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا فى المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضى الحول فاوجبناها فى اول

اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترتفع الجزية لان كلا منهما محل الاجماع فان عقلت بكت فذاك والاوجب الاتباع على ان الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا ذلال فى خراج الارض لانه مؤنة الارض كما تبقى فى ايدينا والمسلم من سعى فى بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لانها ذل ظاهر وشعار واما الاسترقاق فلان اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فانه لم يتعلق بها ملك شخص معين فلا استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص **قوله** ولانها اى الجزية انما وجبت عقوبة عن الكفر ولهذا سميت جزية وهى والجزاء واحد وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية ولا شك فى انتفاء الاول ولذا اخذت بطريق الاذلال بل هذا ضرورى من الذين فتعين انها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل معاوضة كما ظنه فتسقط بالاسلام والاقتام بعد الموت ولهذا لا يضرب من سبق موته اقامة حد ثبت عليه ولان العقوبة الدنيوية لا يكون الا لدفع شره فى الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذى يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق وقد اندفع بالموت والاسلام وهذا لانا فى كونها بدلا اى خلفا عن النصرة لنا فكانت عقوبة وتقويته على كفره الذى هو سبب حرابته دفعا لما باضافة ياخذ ما منه وبدلا من نصرته الفائتة بكفره واذا كانت خلفا ايضا عن النصرة انتفت بالاسلام لان شرط الخلف عدم القدرة على الاصل وقد قدر عليها بالاسلام واما قوله انها بدل عن العصمة فهى ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به او للظهور خلافا منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلا عن السكنى قلنا الذى يسكن ملك نفسه فلا يكون اجرة ولانه بعقد الذمة صار من اهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكينه من الاقامة بها والاحسن ترك الكلام فى ابطال الامرين فان العصمة الاصلية زالت بالكفر وهذه عصمة متجددة بالعصمة وبكفى ما ذكرنا من ذلك انها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها لتمكن اقامتها وهذا لانها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعى الى حرابته ولا يتمكن من اقامة هذه العقوبة على الاستمرار الا بعصمة **قوله** فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت اى الجزية انث فعل الحولين لتأويله بالسنتين ولاضافته الى ذلك من اول الامر او بتقدير مضاف اى جزيتا حولين ولفظ القدورى فيما ذكره الاقطع وان اجتمع عليه حولان وفى الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت السنة الاخرى لم يؤخذ منه وهذا عند ابى حنيفة رحه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه فان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه فى قولهم جميعا وكذا ان مات فى بعض السنة ما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف فاذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراج سنة عنده وعندهما يؤخذ منه ما مضى وقيل لا تداخل فيؤخذ ما مضى بالاتفاق لما فى الخلافية وهى تداخل الجزية ان الخراج اى الجزية لانها خراج الرأس وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها على الوجه المامور به استوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالى السنتين لانه ما دام كافرا امكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلال له بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه لان المسلم لا يجب اذلاله بل يجب توقيره وانت تعلم ان كونها وجبت عوضا وكون المتحصل فيها اعواضا خلاف ما تقدم وانه يقول الشافعى رحه اليق فانه اريد بالاعواض الاجزية الواقعة عقوبة ثم عليهما وجر ابى حنيفة رحه القبائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الافطار فى رمضان مع انها عقوبة وعبادة فيرجح الراجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة وقوله ولهذا الخ استيضاح على انها عقوبة يعنى لو بعث بها على يد نائبه لا تقبل منه فى اصح الروايات بل يكلف ان يأتى بها بنفسه فيعطيه قائما والقابض جالس وفى رواية يأخذه بتلبيبه

فصل ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الا عادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع للمسكن وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة

وهو ما يلي صدره من شبابه ويقول اعط الجزية يا ذمي وقبولها من النائب يفوت المامور به من ازالة عند الاعطاء قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ولانه وجب احترازا وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن لا يعني عن القتل في المستقبل والتصرف في المستقبل لان القتل انما استوى لحرب قائم في الحال لا لحرب ماض وكذا التصرف في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه بانقضائه فانتفت الحاجة فيه الى شئ من الاشياء وفي المبسوط ولان المقصود ليس هو المال بل استدلال الكافر واستصغاره وذلا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة ثم قول محمد في الجامع جازت سنة اخرى حمله بعض المشائخ على مضي السنة مجازا فقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجماع في الحولين او في الجزيتين فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته وهو ان يراد دخول اول السنة فان مجئ الشهر مجئ اوله ومجئ السنة مجئ اولها والاصح هو هذا فالوجوب عندنا باول السنة وعند الشافعي في آخرها اعتبارا بالزكوة ولنا انما وجبت الجزية بدلا عن القتل وهو النصرة والقتل لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه من ان القتل انما استوى لحرب قائم في الحال دفعا للضرر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يحتاج الى الكف في المستقبل بخلاف الزكوة لان الوجوب في المال النامي فلا بد من الحول لتحقق الاستيفاء فلم يجعل لعدم تصاغره بذلك قابلا ثم الحول انما قام لانه الممكن من تقدير المال به نصابا تقديرا

فصل لما كانت هذه احكام تتعلق بالذمي باعتبار خبره او ما مضى باعتبار نفسه قدم ذلك فقال **ولا يجوز** احداث بيعة بكسر الباء ولا كنيسة في دار الاسلام وهما متعبد اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفي ديارنا مصر لا يستعمل لفظ البيعة والكنيسة لمتعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المصر عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فاحداثها فيها معارضة باظهار ما يخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر ان في قرى ديارنا ايضا لاحداث في هذا الزمان والمروي عن صاحب المذهب يعني ابا حنيفة كان في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل ذمة بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال شمس الائمة في شرح كتاب الاجارات الاصح عندي انهم يمنعون عن ذلك في السواد وان كان في السير الكبير قال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة لا يمنعون واما القرى التي سكنها المسلمون اختلف المشائخ فيها على ما ذكرنا فصار الطلاق منع الاحداث هو المختار فصدق تقسيم القدوري منها في دار الاسلام والصومعة وهو ما يبنى للتخلي عن الناس والانقطاع فيها لهم مثلها فيمنع ايضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال القدوري وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها قال المصنف لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الا عادة ضمنا غير انهم لا يمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانه احداث في ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفي هذا التعليل اشارة الى ان ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على ارا ضيهم سواء كان اماما في زمن الصحابة رضوان الله تعالى عليهم او بعدهم قبل امصار المسلمين ثلاثة احدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة وكنيسة ولا يجتمع لصلاتهم ولا صومعة باجماع اهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وتناهيها ما يفتح المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شئ بالاجماع وما كان فيها شئ من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك وابو حنيفة في قول واحمد في رواية يجب وعندنا ان جعلهم ذمة امرهم ان يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلوتهم فيها ولكن لا تهدم وهو قول الشافعي في رواية عن احمد لان الصحابة رضي الله عنهم فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ولم ينقل ذلك قط وثانيها ما فتح صلحا فان صالحهم على ان الارض لهم ولنا الخراج جاز احداثهم وان صالحهم على ان الدار لنا فيؤدون الجزية فالحكم في الكنائس على ما يقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكينهم الاحداث لا يمنعهم الا ان الاولى ان لا يصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم احداث شئ منها ويمنعون

في ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب

من شرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنازير بالاجماع انتهى وقوله يمنعون من شرب الخمر معناه التجارة اي الاتجار به وفي المغرب لونوا الناقوس في جوف كنائسهم لانه يمنع انتهى وقال محمد في كل قرية من قرى اهل الذمة او مصر او حديقة لهم اظهروا فيها شيئا من الفسق مثل الزنا او القمار التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه وكذا المزامير والطنابير والعيدان ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن واعلم ان البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها واما في الامصار فاختلف كلام محمد فذكر في السير والخراج تهدم القديمة وذكر في الاجارة انها لا تهدم عمل الناس على هذا فانا رأينا كثيرا منها قد اولت عليها الامة وازمان وهي باقية لم يأمر امام بهدمها فكان متوارثا عن عهد الصحابة رضي الله عنهم على هذا لو مصر اهل الذمة فيها ديرا او كنيسة فوقع في داخل السور ينبغي ان لا يهدم لانه كان مستحقا للامام قبل وضع السور فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لانها كانت قضاء فاراد المسلمون عليها السور ثم فيها الآن كنائس وبعد من امام تمكين الكفار من احداثها جهارا في جوف المدن الاسلامية فالظاهر انها كانت في الصواحي فادير السور فاحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن في دار الاسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغي ان لا تهدم لانها كانت في امصار قديمة ولا شك ان الصحابة رضي الله عنهم والتابعين حين فتحوا المدينة علوا بها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة وحكمنا بانهم بقية بامساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف انها فتحت صلحا وحكمنا بانهم اقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار فانظر الى قول الكرخي اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلوتهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما احبوا فانهم لا يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك ولكن يخرجوا خفية من كنائسهم واستدل المصنف على عدم الخلاف بقوله عليه الصلوة والسلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال المصنف المراد احداثها وبذا لان البيعة قد تحققت كثيرا من الصحابة في الصلح وفي رواية البيهقي تصريح بذلك في سنده عن ابن عباس رفعه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه رواه ابو عبيد القاسم بن سلام ثنا عبد الله بن صالح ثنا الليث بن سعد حدثني قرة بن نمير الحضرمي قاضي مصر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال وروى ابو الاسود عن ابن ابي الهيعة عن يزيد بن حبيب عن ابي الخير قال قال عمر بن الخطاب لا كنيسة في الاسلام ولا خصاء وروى ابن عدي في الكامل بسنده الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبنى كنيسة في الاسلام ولا يبنى ما خرب منها واعل بسعيد بن سنان واذا تعددت الطرق الضعيف يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخصيتين وقيل كناية عن التخلي عن اتيان النساء قوله

في ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها فلا يحدث فيها كنيسة ولا يقرا لانهم لا يمكنون من السكنى فيها فلا فائدة في اقرارها الا ان تتخذ دارا سكنى ولا يباع فيها خمر ولا في قريتها منها ولا في ما مر من مياه العرب ويمنعون من ان تتخذ ارض العرب مسكنا او وطنا بخلاف امصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف في ذلك وذلك لقوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب اخرج احمد بن منيع في مسنده ابنا ابا النضير بن شميل ثنا صالح بن ابي الاخضر حدثني الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه لا يجتمع دينان في جزيرة العرب رواه عبد الرزاق قال اخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بارض العرب او قال بارض الحجاز دينان ورواه في الزكوة وزاد فيه فقال عمر للمسيب من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليات به والا فاني مجليكم قال فاجلاهم عمر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك في مرض موته قال الدارقطني في علله هذا صحيح ورواه مالك في الموطا قال مالك قال ابن شهاب فحسب عمر رضي الله عنه ذلك حتى تاه اليقين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فاجلا يهود خيبر واجلا يهود نجران

قال ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وتسريجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعلمون بالسلاح وفي الجوامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السرج التي هي كهيئة الاكف فانما يؤخذ من ذلك اظهار الشعار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين لان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعامي يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة تجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه بقاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعوهم بالمغفرة فاما ان لا يتركوا الا حق لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فليس لهم ان يتزينوا في جامع المسلمين فان لزمتهم ضرورة اتخذوا سرجا بأصفة التي تقدمت فيمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد الشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام او زنى بمسلمة او نقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه لو كان مسلما ينتقض اسلامه فكذا ينقض امانه اذ عقد الامان خلفا عن الاسلام فلما انتهى سب النبي عليه السلام لعهده الكفر القارن لا يبقى فالطارئ لا يبقيه

وفدك وفي صحيح البخاري ومسلم عن ابن عباس رض لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال اخرجوا المشركين من جزيرة العرب وجزيرة العرب من اقصى عدن ابين الى ريف العراق في الطول واما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر الى اطراف الشام وسميت جزيرة لانجزار المياه التي حولها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن وفرات وقيل لان حواليها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقال الزهري سميت جزيرة لان بحر فارس وبحر السودان ان احاط بجانبها الجنوبي واحاط بالجانب الشمالي دجلة والفرات وقال المنذري في مختصره قال مالك رح جزيرة العرب المدينة نفسها وروي انها الحجاز واليمن واليمامة وحكى البخاري عن المغيرة قال هي ارض مكة والمدينة حوله ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم وفي مراكبهم وسروجهم وقلانسهم وحاصل هذا ان اهل الذمة لما كانوا مخالطين لاهل الاسلام غالبا مما يتميز المسلم من الكافر كيلا يعامل معاملة المسلم في التوقير والاجلال وذلك لا يجوز وربما يموت احدهم فجأة في الطريق فلا يعرف فيصلى عليه بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم عليه السلام بذلك لانهم كانوا معروفين باعيانهم بجميع اهل المدينة ولم يكن لهم زي غال عن المسلمين واذا وجب التميز وجب ان يكون فيه صغار لا عزاز لان اذلالهم لازم بغير اداء من ضرب او منتفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة ولذا امروا بالكستيجات وهو خيط في غلظ الاصبع من الصوف يشد فوق ثيابه دون الزنار من الابريسم لان فيه جفاء للمسلمين اي اغلاظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين وربما يمر فوق بجملهم فيقولون الكفار احسن حالا منا فانهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد وتعب واليه اشارة بقوله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون تنبيها على حسنة الدنيا عند الله عز وجل واذا منع من شدة هو حاشية رقيقة من الابريسم فمنعهم من لبس الثياب الفاخرة التي تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا او غيره كالصوف الرفيع والخز الرقيق والابراد الرقيق اولى ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكثارهم واد خالهم في المباشرة التي يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما تصيف بعض المسلمين خدمته له خوفا من ان يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه بما توجب له من الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الاكف او قريبا منه ولا يركبون الخيل بل اختار ان لا يركبوا اصلا الا اذا اخرجوا الى ارض قرية ونحوه او كان مريضا الا ان تلزم الضرورة فيركب لم يزل في مجامع المسلمين اذا مروا بهم ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذا عرف ان المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يتعين في كل بلد ما يتعارفه اهله وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة والزنار للنصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء وكذا تؤخذ نساؤهم بالزي في الطريق فيجعله على ملاءة اليهود خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا في الحمامات وكذا يميزون دورهم عن دور المسلمين كيلا يقف سائلهم فيدعو لهم بالمغفرة او يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين ويمنعون من لباس يختص باهل العلم والزهد والشرف وتجعل عمائمهم حقيرة فاسدة اللون ولا يلبسون طيالسة كطيالسة المسلمين ولا ارديته كارديتهم لكذا امروا واتفقت الصحابة رض على ذلك قوله ومن امتنع من اداء الجزية او قتل مسلما او زنى بمسلمة او سب النبي صلى الله عليه وسلم ينتقض عهده وقيد بسب النبي صلى الله عليه وسلم لينتقض عهده وقيد بسب النبي صلى الله عليه وسلم لانه لا عهد له عندنا وقيد بادائها لانه لو امتنع من قبولها نقض عهده والشافعي رح ينتقض عهده بالامتناع عن اداء الجزية وعدم قبول احكام الاسلام او لا يتقضه بزنا بمسلمة او ان تصيبها بنكاح او ان يفتن مسلما عن دينه او يقطع الطريق او يدل على عورات المسلمين او هو يقتل مسلما وهو قول مالك رح واحمد رح الا ان مالكا قال ينتقض باكراه المسلمة على الزنا لانه ينتقض عهده بذلك وفيما سوى هو سب النبي صلى الله عليه وسلم فانه يقبله به ان لم يسلم ووافقه

وقال الشافعي رحمه الله يجب العشر ويتخير الامام فيما أخذ منه فيجعله طعمة بين المقاتلة وهو قسم الغنائم أو يجعله فيئا فيصرف مصرف الجزية وهو قسم الفيء والخراج وهو قول مالك رحمه الله

المرتد مسلم فيما يتعلق به لبقاء ما هو كالوصف فيه كما مر وهذا لأن ما ثبت له لا يسقط بالردة

فصل وقوله تؤخذ من نسائهم وصبيانهم دليل على أن الصبي لا يؤخذ منه شيء من الصدقات وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم ويؤخذ من نسائهم وصبيانهم لأن الصلاة وتعلق الصدقة بالمال مضافة والصدقة تجب عليهم دون الصبيان فكذا المضاف وقال زفر رحمه الله لا يؤخذ من نسائهم وصبيانهم لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية لا يبقى على النساء والصبيان كما لا يجب على الرجال وهو الفارق بين الجزية والخراج ولنا أن ما وجب بالسبي والمرأة من أهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لأن ما لا يجب للجزية لا يمنع الصرف إليهما

فإذا الشافعي في قول واحمد في رواية وثلاث في قول أيضا فيما إذا ذكره تعالى بما لا ينبغي أو سبه عليه السلام قولان آخران أحدهما لا ينتقض والآخر ينتقض

وجه قوله هذا أنه بذلك يثبت نقض إيمانه لو كان مسلما فينتقض به أمانه الأدنى إذ عقد الذمة خلف عن الإيمان في إفادة الأمان فلما انتقض الأصل انتقض الخلف بالطريق الأولى وروى أبو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا قال له سمعت رجلا سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته أنا لم نعطهم العهد على هذا قال المعنى ولنا أن سبه عليه الصلاة والسلام كفر من الذمي كما هو رؤية من المسلم والكفر المقارن بعقد الذمة لا يمنع عقدها في الابتداء فالكفر الطارئ لا يرفعه في حال البقاء بطريق أولى ويؤيده ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رهطا من اليهود دخلوا على النبي عليه الصلاة والسلام فقالوا السام عليك فقال وعليكم قالت ففهمتها فقلت عليكم السام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلا يا عائشة فإن الله يحب الرفق في الأمر كله قالت فقلت يا رسول الله ألم تسمع ما قالوا قال أو لم تسمعي ما قلت وعليكم ولأنك أن هذا سب منهم له عليه الصلاة والسلام ولو كان نقضا للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين قال وحديث ابن عمر رضي الله عنه إسناده ضعيف وجاز أن يكون قد شرط عليهم أن لا يظهروا سبه عليه الصلاة والسلام والذي عندي أن سبه عليه الصلاة والسلام أو نسبته ما لا ينبغي إلى الله تعالى إن كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد إلى الله تعالى تقدس عن ذلك إذا أظهر يقتل به ولا ينتقض عهده وإن لم يظهر ولكن عثر عليه وهو مكتم فلا وهذا لأن دفع القتل والقتال عنهم لقبول الجزية الذي هو المراد بالإعطاء مقيد بكونهم صاغرين أدلة بالنص ولا خلاف أن المراد استمرارهم ذلك لا عند مجرد القبول وإظهارهم ذلك منا فيكون قبول الجزية دفعا للقتل لأنه الغاية في التمرد وعدم الانقياد والاستخفاف بالإسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغرا أبدا وأما اليهود المذكورون في حديث عائشة رضي الله عنها فلم يكونوا أهل ذمة بمعنى إعطائهم الجزية بل كانوا أصحاب موادعة بلا مال يؤخذ منهم فدفع الشر عنا إلى أن يمكن الله منهم لأنه لم توضع جزية قط على اليهود والمجاورين من قريظة والنضير وهذا البحث منا يوجب أنه إذا استعلى على المسلمين على وجه صار مستمرا عليه حل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل والصغار قوله ولا ينتقض عهده إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا أهل الذمة على موضع قرية أو حصن فيحاربونا لأنهم بكل من الخصلتين صاروا حربا علينا وعقد الذمة ما كان إلا لدفع شرهم فيعود عن الفائدة فلا يبقى فإذا انتقض عهده فحكم حكم المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات وإذا تاب يقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل أمان ذريته ينتقض عهده وعهد من معه زوجته الذمية التي خلفها في دار الإسلام إجماعا ويقسم ماله بين ورثته وكذا في حكم ما حمله من ماله إلى دار الحرب فبالنقض يظهر على الدار بكون فيئا لعامة المسلمين كالمرتد إذا لحق بمال ولو لحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الإسلام وأخذ من ماله وأدخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالمرتد أحق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لأن الملك لهم حين أخذوه فإن عاد بعد الحكم باللحاق ففي رواية يكون فيئا وفي رواية لا ولا يبعد أن يقال التفاوت إلى المكان الذي تغلبوا فيه كالتفاوت إلى دار الحرب إن لم تكن متاخمة لدار الإسلام بالاتفاق وإن كانت على قولهما وقوله لأنه لو سبى يسترق استثنى من قوله هو بمنزلة المرتد بخلاف المرتد إذا لحق ثم ظهر على الدار فإنه لا يسترق بل يقتل إذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه إذا عاد بعد نقضه وقبلها لأنه ما كان التزم بالذمة إلا الإسلام بل أحكامه فجاز أن يعود إلى الذمة بخلاف المرتد لتزام الإسلام فلا بد أن يعود إليه أما إذا لم يعد ولم يقبلها حتى أخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزية

فصل وفي أحكام نصارى بني تغلب بفصل لأن حكمهم مخالف لسائر النصارى وتغلب بن وائل من العرب من بقية نصارى الجاهلية فلما جاء الإسلام

ويوضع على مولى التغلبي الخراج اى الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رحمه الله يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم

الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان

نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان المحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغنى

من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه

ثم زمن عمر رضه حاهم عمر رضه الى الجزية فابوا الا نفورا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم

فقال النعمان بن زرعة يا امير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تغن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث

عمر رضه في طلبهم وضعف عليهم فاجمع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ثم الفقهاء وفي رواية ابي يوسف رحمه الله بسنده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال

لعمر رضه ان حيي اخلب الحديث الى ان قال فصالحهم عمر رضه على ان لا ينصروا احدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى ان يسقط

الجزية من رؤسهم انثى ففي كل اربعين لهم شاتان ولا زيادة حتى يبلغ مائة وعشرين ففيها اربع شياه وعلى هذا في البقر والابل ثم اختلف الفقهاء هل هي

جزية على الحقيقة من كل وجه او لا فقيل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي فلو كان للمرأة ماشية وتقود لا يؤخذ منها شيء وهو رواية الحسن عن

ابي حنيفة رحمه الله قال الكرخي رحمه الله وهذا الرواية اقيس وهو قول الشافعي رحمه الله لان الواجب بكتاب الله عليهم الجزية فاذا صالحوهم على مال جعل فاعا متوقع المستحق يؤيده

قول عمر رضه هذه جزية سموها ما شئتم قال اصحابنا رحمهم الله وان كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكوة واسبابها اذ الصلح وقع على ذلك ولهذا

لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى جالسا ان شاء ولا يؤخذ بتلبيبه والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال

وذلك لا يخص الجزية والمرأة من اهلها ومن اهل ما يجب من المال في الصلح فيؤخذ بخلاف الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم واموالهم لعدم وجوب الزكوة

عليهم عندنا بخلاف ارضهم فيؤخذ خراجها لانها وظيفة الارض وبسبب عبادة ليحض الغالبين كنفقة عبيدهم وحاصل ما ذكر يفيد ان ذرعي في هذا المأخوذ

جهة الجزية في المصرف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكوة اما الاول فلانها حقيقة الجزية واما الثاني فلان ما وقع عليه الصلح لا يغير وهذه الجزية

التي وجبت بالصلح وقد علمت ان الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كيف ما وقع والذي يراعى فيه

من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التي يبتدي الامام وضعها شاء او ابى على ما تقدم قوله ويوضع على مولى التغلبي اى معتقه الخراج

اى الجزية وخراج الارض وقال زفر رحمه الله يضاعف عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه لقوله عليه الصلاة والسلام مولى

القوم منهم وهذا الحديث استدل به النبأ في الزكوة على حرمان مولى الهاشمي الزكوة ولذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي وجميع

الاحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكوة من هذا الباب ولنا ان هذا اى وضع الصدقة المضاعفة تخفيف

ان لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برغبتهم في ذلك واستشفاقهم ما سواه والمولى لا يلحق بالاصل فيه اى في التخفيف الا يرى ان الاسلام

اعلى اسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى التخفيف الثابت

بوصف التغلبية اولى بخلاف حرمة الصدقات على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم والمحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمي به

ويقتضي ان مولى الغني تحرم الصدقة على معتقه ولم يتعد اليه فقال لا يلزم لان الغني من اهل الصدقة في الجملة الا يرى انه لو كان عاملا عليها

اعطي كفايته منها وانما الغنى مانع من الاسقاط عن المعطي لشرعا تحقق في حق سيده ولم تحقق في المولى فخص السيد اما الهاشمي فليس باهل

لهذه الصلة اصلا لشرفه وكرامته لا لغناه ولذا لا يعطى منها لو كان عاملا فالحق به مولاه لان التكريم ان لا ينسب اليه تلك الاوساخ بنسبة فان

قلت هذا التقديم للمعنى على النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم اجيب بان الحديث غير مجرى على عمومه لاجماع فان مولى الهاشمي لا يأخذ

من التي الكفاة للهاشمية والامامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاة والامامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه ايضا وهو انه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة التضعيف

قال ومن مات من عرائهم ومن مولى لذمي مات وترك مالا وترك ذمة فماله فيء لعامة المسلمين كسبي سفوذ بنا تقاطر ليحسو ويطعمه
فقد أسلمين وعيالهم ومما أنفقوا منه ويدفع منه إلى فقرائهم وفي قرابتهم لا تعمن يليه من قرابته وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو
سبيل مصالح المسلمين وهؤلاء كلهم نفقة الذراري على آبائهم فلو تركوا الكفاية لهم لا حاجة إلى الاكتساب ولا يفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة
فدفع إليه العطاء لا يرجع منه وليس لولده بعده شيء عطاؤه فلا يراث قبل القبض يسقط بالموت وهل سقط في زماننا مثل الناقوس المدور المعروف الله أعلم

باب أحكام المرتدين

قال إذا ارتد المسلم عن الإسلام بعياذ بالله عرض عليه الإسلام فإن كانت له شبهة كشفت عنه لعل شبهة عرضت له أزاحوا عنه لأن الدعوة بلغته

إلى المولى الأسفل بسبيل التخفيف بالإسلام لم يتعد إلى المولى فخص كون المولى منهم بما فيه رفع نقيضه لما أن نقيضه المولى الأسفل ينسب إلى مولاه وجه آخر بأن القياس أن لا يكون المولى منهم ولا مأمنا ولا حكامهم لأنه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث بنفي منع الزكوة وهو ما روي أنه عليه الصلوة والسلام استعمل أرقم بالأرقم على الصدقات فاستتبع أبا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلوة والسلام إن الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد فإن موالي القوم منهم وإذا علم عدم عمومه فليخص بسببه وهو الزكوة وأما الجواب بأن قيل لم يوافق فيه غير واحد أحد من الفقهاء قيل بل قوله مروي عن الشعبي قوله وما جباه الإمام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أبادوا لهل الحرب

الإمام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسبي التفور وهي مواضع يخاف العدو فيها من دار الإسلام وبناء القناطر والجسور وما يرفع ويدفع فوق الماء ليمر عليه بخلاف القنطرة يحكم بناؤها والترفع ويعطى قضاة المسلمين وعلمائهم وعمالهم منها يكفيهم ويفرض منه أرزاق المقاتلة وذراريهم فإنه تجب نفقتهم عليهم فلو لم يكفوا من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وبذا لأنه مال بيت المال لأنه وصل إلى المسلمين من غير قتال ومال كذلك وهو مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فإنه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال وإذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم وزاد المصنف في التجنيس في علامة السيد أبي شجاع أنه يعطى أيضا للمعلمين والمتعلمين وهذا يدل

طلبة العلم بخلاف المذكور هنا لأنه قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين قوله من مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لأنه وظيفة سنة وليس بدين ولأنه صلة كما عطاء فلا يملك قبل القبض فلا يورث ويسقط بالموت وبذا لأنه مات قبل تأكد حقه لمجيء وقت المطالبة والحق المضيف لا يجري فيه الإرث كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث بخلاف ما إذا تأكد كسهمه بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة فإنه يورث على ما أسلفناه وتقييد محمد رحمه الله في الجامع الصغير بنصف السنة بما يشعر بأنه إذا مات آخرها يعطى ورثته قالوا لا يجب أيضا ولكن يستحب لأنه أو في عطاء أي تعبية في حملة المسلمين فيستحب أن يعطى ورثته على شمس الأئمة حلواني وجوب أعطائه بعد ما تمت السنة أيضا بما ذكرنا في نصفها فافاد أنه لا يتأكد الحق بعد تمام السنة أيضا معولا على أنه صلة فلا يملك قبل القبض وبذا يقتضي قصر الإرث على حقيقة الإرث والوجه يقتضي وجوب دفعه لورثته لأن حقه تأكد بإتمام عمله في السنة كما قلنا أنه يورث سهمه الغازي بعد الإحراز بدار الإسلام لتأكد الحق حينئذ وإن لم يثبت له ملك قول فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير وإنما خص نصف السنة لأن عند آخرها يستحب أن يعرف ذلك إلى ورثته فما قبل ذلك فلا أعلى قدر عناية يقتضي أن يعطى حصته من العام ثم قيل يرتق القاضي ومن في معناه يعطى في آخر السنة ولو أفاق في أولها ثم مات أو عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقي وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب وقال محمد يرد واجب إلى رد الباقي كما لو عجل لها النفقة ثم ماتا فماتت قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ذكره في جامع قاضيخان ثم التمر تاشي والعطا هو ما يثبت في الديوان باسم كل من ذكرنا عن المقاتلة وغيرهم وهو كالمحاكمة في عرفنا إلا أنها شهرية والعطاء سنوي

باب أحكام المرتدين لما فرغ من بيان أحكام الكفر الأصلي شرع في بيان أحكام الكفر الطاري والمرتد هو الراجع عن دين الإسلام قوله وإذا ارتد المسلم عن الإسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام فإن كانت له شبهة أبداها كشفت عنه لأنه عساه اعترته شبهة فتزاح عنه فيدفع شر بأحسن الأمرين وهما القتل والإسلام وأحسنهما الإسلام ولما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال الإتقاني العرض على ما قالوا أي المشايخ غير واجب بل مستحب لأن الدعوة قد بلغته وعرض الإسلام عليه الدعوة إليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة

الإمام الملك

قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفى الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام حرًّا كان او عبدًا فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء العذار وعن ابى حنيفة رحه وابى يوسف رحه انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعى رحه ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرة فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربى بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود

قوله ويحبس ثلثة ايام فان اسلم فبها والا قتل وهذا اللفظ ايضًا من القدورى يوجب وجوب الانتظار ثلثة ايام على ما عرف من الاخبار فى مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفى الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل اى مكانه فانه يفيد انظاره الايام الثلاثة ليس واجبًا ولا استحبابًا وانما تعينت الثلاثة لانها مدة ضربت لابلاء العذر بدليل حديث حبان ابن منقذ فى الخيار ثلاثة ايام ضربت للتامل لدفع الغبن وقصة موسى عليه السلام مع العبد الصالح ان سالتك عن شئ بعدها وهى الثالثة الى قوله تعالى قد بلغت من لدنى عذرا وعن عمر رض ان رجلًا اتاه من قبل ابى موسى فقال له هل من معرفته خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال هلا حبستموه فى بيت ثلاثة ايام واطعمتموه فى كل يوم رغيفًا لعله يتوب ثم قال عمر اللهم انى لم احضر ولم آمر ولم ارض اخرجه مالك فى الموطا لكن ظاهر تبرى عمر رض يقتضى الوجوب ثم قال المصنف تاويل الاول وهو قول القدورى الدال على وجوب امهاله الايام الثلاثة انه يستمهل فيمهل وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التاجيل اجل ثلاثة ايام لان الظاهر انه دخل عليه شبهة فعلينا ازالة تلك الشبهة او انه يحتاج الى التفكر ليتبين له الحق فلا بد من المهلة واذا استمهل كان على الامام ان يمهله ومدة النظر جعلت فى الشرع ثلاثة ايام كما فى الخيار ثم قال فى حديث عمر رض المذكور الدال على الوجوب تاويله انه لعله طلب التاجيل وعن ابى حنيفة رح وابى يوسف رح انه يستحب ان يوجله ثلاثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعى رح ان على الامام ان يوجله ثلاثة ايام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرة فلا بد من مدة يمكنه فيها التامل فقدرناها بثلاثة ايام لما ذكرنا والصحيح من قول الشافعى رح انه اذا تاب فى الحال او الاقتل لحديث معاذ وقوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان اريد به عدم وجوب الانظار فمذهبنا والاستدلال مشترك ومن الادلة ايضًا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربى وان كان اريد به نفى استحباب الامهال فمقبول هذه الاوامر مطلقة وهى لا تقتضى الفور فيجوز التاخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رض وقول المصنف وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ليس بجيد اذ يقتضى كراهة الامهال ثلاثة ايام وهو خلاف المذهب ويخالف ما ذكرنا من ان الامر المطلق لا يقتضى الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لا نسلم ان الاوامر المذكورة مطلقة بل مفيدة للعموم للفاء فى قوله فاقتلوه لانها تفيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهى فاء السبب فان قيل فتفيد الوصل باعتبار ان المعلول لا يتاخر عن العلة قلنا المعلول هو الحكم الشرعى وهو الايجاب قلتم لم يتاخر عن علته المشار اليه وهو كفره واما ايجاب لا يتمثل عن الفور فشئ آخر فلا فرق فى وجوب قتل المرتدين كون المرتد حرًّا او عبدًا وان كان تضمن قتله ابطاله حق المولى بالاجماع واطلاق الدلائل التى ذكرنا وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود وقيل هو ان يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وانا برى من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد ان يأتى بالشهادتين والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قال الائمة الثلاثة ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود وفى شرح الطحاوى سئل ابو يوسف رح عن الرجل كيف نسلم فقال بقوله اشهد ان لا اله الا الله وان محمدًا عبده ورسوله ويقر بما جاء به من عند الله ويتبرأ عن الدين الذى انتحله وان شهد ان لا اله الا الله وان محمد رسول الله وقال لم ادخل فى هذا الدين قط وانا برى منه اى من الدين الذى ارتد اليه فهى توبته انتهى وقوله قط يريد به معنى ابد لان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل وفى شرح الطحاوى اسلام النصرانى ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدًا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودية وكذلك يتبرأ من اليهودية وكذا فى كل ملة واما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلمًا لانهم يقولون بذلك غيرهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق انه رسول الله ولا يتهم الاسلام به

قال فان قتله قتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب لانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل وقال الشافعي ره تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها في تلك الجناية فتشاركها في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا للضرر ولا ضرر هو الحراب ولا يوجد ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتحبس على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد

هذا فيمن ولد بين اظهرنا منهم واما من في دار الحرب لو دخل علينا مسلم فقال محمد رسول الله فهو مسلم او قال دخلت في دين الاسلام او في دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا اتى بالشهادتين لان في ذلك الوقت ضيقا من قوله هذا انما اراد به الاسلام الذي يدفع عنه القتل الحاضر ويحمل عليه ويحكم بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد اسلامه ثانيا قبلنا توبته ايضا وكذا ثالثا ورابعا الا ان الكرخي رح قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب في الحال ولا يؤجل فان تاب ضرب ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلى سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك ابدا ما دام يرجع الى الاسلام قال الكرخي ره هذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا وذكر الكرخي ره مروي في النوادر قال اذا تكرر ذلك منه يضرب بالضرب المبرح ثم يحبس الى ان تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لاطلاق قوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا الزكوة فخلوا سبيلهم وعن عمر رض وعلي رض لا تقبل توبته من كرر ردته كالزنديق وهو قول مالك واحمد والليث ره لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا الآية قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله ثم ازدادوا كفرا وفي الدراية قال في الزنديق لنا روايتان في رواية لا تقبل توبته كقول مالك واحمد ره وفي رواية تقبل كقول الشافعي ره وهذا في حق احكام الدنيا اما فيما بينه وبين الله جل اذا صدق قبلته سبحانه وتعالى بلا خلاف وعن ابي يوسف رح انه يعرض عليه مرارا لعل شبهة فسره بان ينتظر فاذا اظهر كلمة الكفر قتل قبل ان يستتاب لانه ظهر منه الاستحقاق وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه وقطع عضوا منه كره ذلك ولا شيء على القاتل والقاطع لان الكفر مبيح وكل جناية على المرتد هدر ومعنى الكراهة ههنا ترك مستحب فهي كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك اي القتل او القطع بغير اذن الامام ادب قوله واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس ابدا حتى تسلم او تموت ولو قتلها قاتل لا شيء عليه لانها صارت كالاصلية وهذا ذكره في المبسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية ويروى عن ابي حنيفة ره انها تضرب في كل ايام وقدرها بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثون سوطا الى ان تموت او تسلم ولم يخصه بجرة ولا اثة وهذا اقل معنى لان موالات الضرب يفضي اليه ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود انه لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كيلا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامة تدفع الى مولاها فيجعل حبسها بيت السيد سواء طلب ذلك هو او لم يطلب في الصحيح ويتولى هو غيرها قال المصرحمنا بين المحقين يعني حق الله وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد فانه لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة ما دامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق اذا سبيت وعن ابي حنيفة رح في النوادر يسترق في دار الاسلام ايضا قيل ولو افتى بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج جسما لقصدها السعي بالردة من اثبات الفرقة وينبغي ان يشتريها الزوج من الامام او يهبها الامام له اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فيأ للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتدع ضربها قصدا عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها المشركون واجروا احكامهم فيها ويقول للمسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى ان يشتريها من الامام وقد افتى الدبوسي والصفار واهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليهما وغيرهم مشوا في الظاهر ولكن حكموا مخيرا على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضيخان للفتوى وعند الائمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المصر على خلاف الشافعي ره قال لما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث في صحيح البخاري وغيره قال ولان ردة الرجل بيحة

وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يجبر الكافية من الجمع بين الحقين وروى تضرب في كل ايام صباغة في الحمل على الاسلام **قال** ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل بقي ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب فهذا يوجب زوال ملكه وما لكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل هذا العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يفعل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيجعل السبب عمله وذا الملك

للقتل من حيث انها جناية مستغلظة هي جناية الكفر وجناية المرأة تشارك كما فيها فيشارك كما في موجبها وهو القتل ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء كما مر من الحديث الصحيح وهذا مطلق يعم الكافرة اصليا وعارضا وثبت تعليله عليه الصلوة والسلام بالعلة المنصوصة كما قدمناه في الحديث من عدم حرابها فكان مخصصا لعموم ما رواه بعد ان عمومه مخصص بمن بدل من الكفر الى الاسلام وما ذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان وهو ان الاصل في الاجزية ان يتأخر الى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فانها الموضوعة للاجزية على الاعمال الموضوعة بهذه الدار لها فهذه دار اعمال وملاك اجزائها وكل جزاء شرع في هذه الدار فانما هو لاحد المصالح تعود الينا في هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا يجب القتل بالردة ان يكون لدفع شر حرابه لا جزاء على فعل الكفر لان جزاءه اعظم من ذلك عند الله تعالى فتخص بمن يتأتى منه الحرب وهو الرجل ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعلله بانها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات راى وتبع تقتل لالردتها بل لانها حينئذ تسعى في الارض بالفساد وانما حدت لانها امتنعت عن اداء حق الله تعالى بعد ان اقرت به فتحبس كما في حقوق العباد وقد روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن تحبس ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وفي بلاغات محمد قال الخصاف عن ابن عباس رض انه قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست وامر الدار قطني عن جابر رض عن امرأة يقال لها امرور ان ارتدت عن الاسلام فان النبي صلى الله عليه وسلم امر ان يعرض عليها الاسلام فان رجعت والا قتلت فضعف لعمر بن بكار واخرجه ايضا من طريق آخر عن جابر رض ولم يسم المرأة وزاد لم يعرض عليها فان تسلمت فقتلت وهو ضعيف لعبد الله بن ادريس قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدار قطني في المؤتلف والمختلف انه متروك وروى ابن عدي في الكامل قال عبد الله بن عطاء وان ادريس منكر الحديث وروى حديث آخر عن عائشة رض ارتدت امرأة يوم أحد فامر عليه الصلوة والسلام ان تستتاب فان تابت والا قتلت وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه يضع الحديث مع انها معارضة باحاديث آخر مثلها واسهل منها ما اخرجه الدار قطني عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عبيس الحرزي قال الدار قطني كذاب يضع الحديث واخرج ابن عدي في الكامل عن ابي هريرة رض ان امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بخصيف بن سليمان قال ابن عدي عامة ما يرويه غير محفوظ واخرج الطبراني في معجمه ثنا الحسن بن اسحق التستري ثنا مزين معلى ثنا محمد بن سلمة الفزاري عن مكحول عن ابي طلحة اليعمري عن ابي ثعلبة الخشني عن معاذ بن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن ايما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وايما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وان ابت فاستتبها وتقدم رواية عن ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس رض فيما اسند الدار قطني عن ابن معين انه قال كان الثوري يعيب على ابي حنيفة رح حديثا كان يرويه عن عاصم عن ابي رزين لم يروه غير ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين مرفوعا بانه اخرجه الدار قطني عن ابي مالك الجنبي عن عاصم بن فرزال انفرد ابو حنيفة رح الذي اوهماه الثوري وروى عبد الرزاق عن عمر رض انه في امرام ولد نصرت ان تباع في ارض ذات سوئة عليها ولا تباع في اهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير اهل دينها واخرج الدار قطني عن علي رض المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس **قوله** ويزول ملك المرتد عن املاكه ويروى الا مراعا اي

قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح كلاهما لورثته وقال الشافعي رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر وهو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في المكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة رح انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة بعده قبلها ومن شرطه وجوده

بموته فاغير باب في الحال فان اسلم عادت امواله على حالها الاول وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه استقر امره فعمل السبب وهو كونه كافرا حربيا عمله مستندا الى وقت الردة كالمشتري برد بالخيار يثبت ملكه عند الاجازة مستندا الى وقت البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعي رح تقضي انه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع في الهبة وبه صرح بعض الشارحين ورد عليه ان الاستناد للزوال المراعا والموقوف لانه اما ان يزول او لا فاجاب بانه يزول ثم يعود بالاسلام وهذا ليس واقعا والا لم يستند الى ما قبله كالملك الراجع بالرجوع قالوا اي المشائخ هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه والاصح من قول الشافعي رح مثل قوله وبه قال مالك رح واحمد رح في رواية وقولهما قول آخر للشافعي رح وجهه انه مكلف محتاج ولا يتمكن من اقامته التكليف الا بماله واثر الردة في اباحة دمه لا في زوال ملكه فما لم يقتل بقاء ملكه وجبار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص لا يزول ملكه ما لم يقتل ببقاء ملكه ولابي حنيفة رح انه كافر حربي مقهور تحت ايدينا الى ان يقتل والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف في المال ولا يكون ذلك الا بالعصمة وكونه حربيا يوجب زوال ملكه وبالكلية ومقتضى هذا ان يزول في الحال على البدنات الا انه مدعوا الى الاسلام ويرجى عوده اليه لانه كان ممن دخله وعرف محاسنه والنفس تسكن الى ما حفظه علينا الى الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده الى الاسلام فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وهو زوال الملك وصار كان مم يزل مسلما ولم يعمل السبب عمله وان ثبت منه احد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى ان الحرابة لا توجب انتفاء الملك بل زوال العصمة فان الحربي يملك غيره ان مملوكه لا عصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه فيكون المرتد حربيا فصار ما يقتضي زوال عصمة نفسه وماله تبعا وهو لا ينفي قيام الملك في الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا او لهذا زاد قوله مقهورا تحت ايدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم ان حقيقة المراد بالردة يزول ملكه زوالا باتا فان استمر حتى مات حقيقة او حكما باللحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة فان عاد عاد الملك وبهما يرتبط من الحكم بالزوال لان الساقط لا يعود فيقول ابو حنيفة رح ان الردة لما انقضت الزوال والاجماع على انه ان عاد وماله قائم كان احق به وجب ان يعمل لهما فنقول بالردة يزول ثم بالعود يعود شرعا هذا وبعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه قال الشيخ ابو نصر البغدادي ان ابا يوسف رح جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فصيره مريضا حتى تعلقت من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فيعتبر من الثلث وجه قول محمد رح انه في معرض التلف فهو اسوا من المريض حالا وابو يوسف رح يمنعه ويقول المريض يتمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمرتد غير قادر عليه

قوله فان مات او قتل على ردته او حكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين فان ما اكتسبه في حال ردته فيئا لجماعة المسلمين يوضع في بيت المال هذا عند ابي حنيفة رح وقالا الكل الى المكسبين لورثته وقال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح كلاهما في انه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر اجماعا فيبقى ماله حربي لا امان له فلم يوجد عليه بخيل ولا ركاب فيكون فيئا ولهما ان ملكه في المكسبين بعد الردة باق على ما بيناه من انه مكلف محتاج الخ فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم وهذا لا ينتهض على الشافعي رح الا اذا بينا كيفية الاستناد وهو ان يقال ان اخذ المسلم انما لم يكن له وارث بطريق الوراثة وهو موجب الحكم باستناده شرعا الى ما قبيل ردته والا كان توريث الكافر من المسلم ومحمل الحديث الكافر الاصلي الذي لم يسبق له اسلام او نقول استحقاق المسلمين كان بسبب الاسلام والورثة شاركوا المسلمين في ذلك وترجحوا بجهة القرابة وكانوا اكثر ابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالاخ الشقيق مع الاخ للاب قال الله تعالى افمن كان مؤمنا فاسيناه ولابي حنيفة رح ما قالاه في جهة التوريث الا انه انما يمكن في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة وهو الموت

ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة

فيسند الارث الى ما قبله وقد قلت ان بمجرد ردته زال ملكه فما اكتسبه بعد الردة لا يقع مملوكا له ليمكن استناد التوريث فيه الى ما قبل موته الحكمي اعني الردة لانما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر ان الاختلاف بينه وبينهما في توريث كسب الردة مبني على الحكم الخلافي المتقدم وهو ان المرتد تزول املاكه بالردة المستمرة على ما حققنا عنده وعندهما لا يزول حتى تحقق للموت الحقيقي او الحكمي باللحاق واذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكا له ثم اذا تحقق الموت وقلنا بوجوب ارشهم اياه والعرض انه مالا مملوكا فلا بد من ارشهم ثم يستند على استناده الى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبار كسبه ما اكتسب في زمن الردة موجودا قبلها حكما لوجود سببه وهو نفس المرتد وان كان معدوما حسا قوله ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة بان كان حرا مسلما وبقي كذلك الى وقت موته او لحاقه في رواية عن ابي حنيفة رح رواها عنه الحسن بن زياد وهذا الاعتبار الاستناد في الارث فان المستند لا بد ان يثبت اولا ثم يستند فيجب ان يصادق عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده حتى لو اسلم بعض قرابته او ولد من مملوك حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية وعنه انه يرثه ما كان وارثا عند الردة فقط من غير اشتراط بقائه بالصفة الى الموت وهذه رواية عن ابي يوسف رح عنه فلا يبطل استحقاقه اي استحقاق من كان وارثا عند الردة لعروض موت ذلك الوارث او ردته بعد ردة ابيه بل اذا مات او ارتد تخلفه وارثه وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية قول الكرخي رح لان الردة بمنزلة الموت فيستبر وقتها لاستحقاق الميراث وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت واللحاق وهي رواية محمد رح عنه قال في المبسوط وهذا اصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده الا ترى ان الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في انه يصير معقودا عليه ويكون له حصته من الثمن الا انهما غير مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل احد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع فلو كان من بحيث يرثه كافرا او عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل ان يموت او لحق او اسلم ورثه وهو قول ابي يوسف رح ومحمد رح الا ان الكرخي رح حكى بينهما خلافا في اللحاق فعند ابي يوسف رح يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق وعند محمد رح يوم اللحاق لا الحكم وجه ابي يوسف رح ان العارض يعني الردة مستصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء وجه محمد رح ان باللحاق تزول العصمة والامان والذمة في حق المستأمن والذمي فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فيؤدي الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال اداء الكتابة وجوابه من قبل ابي يوسف رح ان اللحاق ليس حقيقة الموت الا يوسس عن ارتفاعه يثبت الحكم به بل اقتصارا على حكمه لانقطاع الولاية عنه واحكامنا فلا يثبت به احكام الموت قبل ان يتأكد وذلك بالحكم به قوله وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت وهي باختياره اشبهت الطلاق البائن في مرض الموت وهو يوجب الارث اذا مات وهي في العدة لانه فار ولو كان وقت الردة مريضا فلا انحكام في ارثها وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق فصارها ان يجعل بالردة كانه طلقها او العرض صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار والتحقيق ان يقال الردة كانه مرض الموت الموت باختياره بسبب المرض ثم هو اصراره على الكفر مختارا في الاصرار الذي هو سبب القتل حتى تقتل بمنزلة المطلق في مرض الموت ثم يموت قتلا او حتف انفه او لحاقه فيثبت حكم الفرار وروى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رح انه ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثته عند ردته وبه قال ابو يوسف رح وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقيق بصفة الوارث حالة الردة فقط وهي رواية ابي يوسف رح وفي الكتاب على رواية الحسن من زياد رح

والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها فلم يوجد سبب المنع بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت ديونه التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه صار مرتدا باللحاق من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما مر منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه لانقضاء القاضي لاحتمال العود اليها فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبت الاحكام المتعلقة وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه مرتدا عند بعضهم لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير ميتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف

وبقائه بالصفة الى الموت او على رواية اعتباره وقت موته فقط هذا واشتراط قيام العدة يقتضي انها موطوءة ولا ارث غير المدخولة فهو كذلك وذلك لان بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير اجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما تعتد فيها بالحيض لا الاشهر لم ينتهض سببا للارث اذا لم يكن عند موت الزوج او محاقه اثر من آثار النكاح لان الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت وبهذا ايضا لا تنقضي عدتها قوله والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها اذ المرأة لا حراب منها سواء كانت كافرة اصلية او صارت كافرة فلم يوجد سبب الفيء وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى لكل من كسب اسلامها وردتها على ملكها فيرثها ورثتها بخلاف المرتدة عند ابي حنيفة رح فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال او في المآل باللحاق فلا يملكه لكونه مال حربي مقهور تجب ايداعه فلا يورث قوله ويرثها زوجها المسلم اذا كانت ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك المرض او لحقت بدار الحرب ومع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي صحيحة فانها بردتها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بمالها وبهذا التقرير يتبين جعل ردتها كطلاقها فرد تها في مرضها كطلاقها في صحتها وطلاقها في صحتها كطلاقها في مرضها لا يكون فارا اذا عرض له موت وفي العدة بخلاف ما قررنا في جانب الرجل فان بردته في صحته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت ردته كطلاقه بائنا كان مطلقا في صحته وعروض الموت للمطلق في صحته لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردته لما باشرته بسبب مرض موته ثم بارزه جعل مطلقا في مرضه واذا مات ثبت حكم الفرار قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا او حكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت ديونه المؤجلة ونقل ما اكتسبه في دار الاسلام الى ورثته المسلمين باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه في ايام ردته على قولهما كما لو لم يفعل شيئا من ذلك ما كان مقيما في دار الاسلام واما ما اوصى به في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره انها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلافية وذكر الولوالجي ان الاطلاق قوله وقولهما ان الوصية بغير القربة لا تبطل لان البقاء لوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح وعند ابي حنيفة رح تتوقف فكذا بقاؤها قيل واراد بالوصية بغير القربة الوصية للاناحية وللغنية وقال الطحاوي لا يبطل فيما يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد رح لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا ان يقيد الوصية بحق الميت ولاحق له بعد ما قتل على الردة او لحقه بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل بما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير لان حق العتق ثبت للمدبر وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرنا آنفا وقال الشافعي رح وما ملك رده واحرزه يبقى ماله موقوفا ويحفظه الحاكم الى ان يظهر موته ثم او يعود مسلما فيأخذه لانه ذاى اللحاق نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام وهذا لان الدار عندهم واحدة ولنا ان بالالحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الزام الاحكام عنهم كما مر منقطعة عن الموتى بخلاف الغيبة في بلد اخرى من دار الاسلام فان احكام الاسلام وولاية الزامها ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذا صار اللحاق كالموت لانه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضي به سابقا على القضاء بشيء من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لان القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الاحكام المذكورة ولكونها كالموت قلنا فاذا لحقت الحربية فلزوجها ان يتزوج باختها قبل انقضاء عدتها ولانه لا عدة على الحربية من المسلم لان في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ولو سبيت او عادت مسلمة لم يفسخ انكاحها لان العدة بعد ان سقطت لا تعود

حال

وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام ومما لزمته في حال ردته من الديون تقضى مما اكتسبه في حال ردته قال العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن ابي حنيفة رح وعنه انه يبدأ بكسب الى سلام وان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب له الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف رح يحمل هذا على التفاوت بان من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما والله اعلم قال وما باعه المرتد واستولد امة اعتقه وقضى به اورهنه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده ان مات او قتل او لحق دار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله صحيح في الوجهين اعلم ان المرتد على اقسام ثلاثة بالاتفاق لاستيلاء الدار ولا يتقرر الملك فيما كسبه في حال الردة وباطل بالاتفاق لانه لا ملك له ولا يتصور ان يملك وموقوف فيما عداهما لانه ملكه لكنه ناقص لتعلق حق الغير به كما في الاتفاق ساوا او تفاوتا

ثم المعتبر في كون الوارث وارثا عند اللحاق في قول محمد رح لانه السبب والقضاء انما لزم لتقرره بقطع الاحتمال اي احتمال عوده اي اللحاق ليوجب احكام الموت الا اذا كان امرا مستقرا وهو امر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر وعند ابي يوسف رح يعتبر كونه وارثا وقت القضاء حتى لو كان من بحيث يرث وقت الردة كافرا او عبدا او وقت القضاء مسلما معتقا ورث عند ابي يوسف رح الا عند محمد رح وهذا لانه اي اللحاق انما يصير موتا بالقضاء لانه بمجرد عزيمته فتقررها بالقضاء به ويتقرر به يصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقد منا تمام وجهي القولين والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف في المرتد وعلى الاحكام التي ذكرناها من عتق مدبرها وامهات اولاده

قال وتقضى ديونه التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وديونه التي لزمته في حال ردته وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام شيء ورثته الورثة والا لا يورثون شيئا ولو فضل عن ديون الردة شيء من كسب الردة عن ابي حنيفة رح انه لا يورث لانه لا يورث كسب الردة قال المصنف رح وهذا التفصيل المذكور رواية عن ابي حنيفة رح قيل رواها زفر رح عنه ولم يذكر الكرخي رح هذه الى ابي حنيفة رح بل قال وقال زفر رح والحسن رح ما لحقه في حال الاسلام الخ وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فيقضى منه الدينان جميعا فان وفى فكسب الردة فيما لجماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا في هذه الصورة الا ان يفضل عن كسب الاسلام شيء عن الدينين فان لم يف كمل من كسب الردة وهي رواية الحسن بن زياد عنه وعنه عكسه وهو انه يقضى الدينان جميعا من كسب الردة فان وفى بالديون ورثته الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف كمل من كسب الاسلام وورثت الورثة ما فضل ان فضل شيء وهذه رواية ابي يوسف رح عنه وجه الاول وهو التفصيل ان المستحق بالسببين وهو دين الاسلام ودين الردة مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني وهو رواية الحسن ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه فيه الوارث ومن شروط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث وهو مقدار ما عليه من الدين فيقدم الدين مطلقا عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عند ابي حنيفة رح فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه فان قيل كيف يقضى منه وهو فيء عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين اجاب فقال بعد هذا فان الذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه اولا وما فضل يكون للمسلمين فكذلك ههنا قال في المبسوط وعلى هذا لا يتقيد تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام وجه الثالث وهو رواية ابي يوسف رح من كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه بمعنى انه ما تعلق به حق الغير كما يتعلق في مال المريض الا ترى ان له ان يتزوج من شاء ولو كان لغيره لما كان له ذلك ولا يلزم من كونه خالص حقه ان يكون ملكا له الا ترى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس بملكه واذا كان خالص حقه كان قضاء دينه منه اولى الا انه لم يف فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه قال في المبسوط وعلى هذا فقول عند ذكر الرهن وقضاء الدين فاذا قضى دينه من كسب الردة او رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فهذه ثلاثة روايات عن ابي حنيفة رح ولو لم يكن له مال الا ما اكتسبه في حال ردته قضى منه قال ابو يوسف رح ومحمد رح تقضى ديونه من الكسبين جميعا لانهما ملكه عندنا حتى يجري فيهما الارث قوله وما باعه المرتد او اشتراه او اعتقه او رهنه الى آخره وقال المصنف رح علم ان تصرفات المرتد على اقسام ثلاثة بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يتقرر الملك في الاستيلاد ولا الى تمام الولاية في الطلاق فان الاستيلاد يصح في جارية ابنه لان حق المرتد في ماله اقوى من الاب في جارية ابنه وكذا يصح دعوة السيد ابن امته مكاتبته وحق المرتد في ماله اقوى من حق المولى في كسب المكاتب لان المال

ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته قبل الموت الا ان عند ابي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد رح تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيقضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل وله ابو حنيفة رح انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر ويتوقف تصرفاته لتوقف حاله وكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية وهذا لا تقتل

موقوف على حكم بلكه حتى اذا اسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للاب والمولى فيها والطلاق يقع من العبد مع قصوره لانه فانه لا ولاية له على نفسه واورد عليه ان بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق اجيب بانه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق قد سلف ان المبانة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وصرح في المحيط بان الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطلاق مع ان الردة لا يلزمها الفرقة كما لو ارتدا معا ومن هذا القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لانها لا تبتنى على حقيقة الملك وباطل بالاتفاق كالنكاح والزوجية لانها تعتمد الملة والملة له لانه غير مقر على ما انتقل اليه من دين سماوي او غيره كالشرك فهو بمنزلة من لا ملة له وبهذا حاصل ما فسر به ظهير الدين من ان المراد الملة التي يدينون بملك النكاح التوارث والتناسل والمرتد لا يتحقق في نكاحه من ذلك لانه لا يقر عليها ومن هذا التسمم ارثه واما الارث منه فقد تقدم انه ثابت لورثته المسلمين وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها معتمد المساواة بين الشريكين والمساواة بين المسلم والمرتد لتوقف عقد المفاوضة فان اسلم نفذت وان مات او قتل او لحق بطلت بالاتفاق لكن يصير عنانا عندهما وعند ابي حنيفة رح تبطل اصلا لان في العنان وكالة وهي موقوفة عنده قوله ومختلف في توقفه وهو ما عددناه من هبته وشرائه وعتقه ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده هي موقوفة ان اسلم نفذت وان مات او لحق او قتل بطلت لها ان الصحة للمعاملات التي ذكرنا تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك في وجود الاهلية لكونه مخاطبا بالايمان وكذا قتله فرع كونه مكلفا وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ما قررناه يعني من قوله مكلف محتاج الخ وهما يوضح كون ملك المرتد باقيا حتى انه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة او امة مسلمة لستة اشهر فصاعدا ورثه فلو كان ملكه زائلا لم يرثه هذا الولد ولو ان ولده قبل الردة مات بعد ما قبل موته ولحاقه لا يرث واذا كان ملكه قائما واهليته نفذت تصرفاته عندهما الا ان عند ابي يوسف رح يصح كما يصح من الصحيح في جميع المال لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا تقتل فلا يكون كالمريض وعند محمد رح يصح من الثلث كما يصح من المريض الا ان من انتحل نحلة لا سيما اذا كان بها معرضا عما نشأ عليه فلما تركه فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت الا ان ابا يوسف رح يقول بعوده ودفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الاسلام بخلاف المريض ولابي حنيفة رح انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك اما عوده لما حررنا من ان المراد انه يزول ملكه ثم يعود بعوده الى الاسلام من انه حربي مقهور نفسه وماله تحت ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليه فان التصرفات الشرعية المذكورة توجب املاكا لمن قامت به وزوال املاك مثلا البيع يوجب ان يملك المبيع وان يخرج عن ملكه الثمن والاجارة تملك والغرض ان ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه التصرفات احكامها في الحال فان اسلم افادته حين وقعت وبهذا معنى التوقف فصار المرتد كالحربي يدخل دارنا بلا امان فيؤخذ اي يؤسر فتوقف تصرفاته لتوقف حاله حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله فان قتل او استرق لم ينفذ منه شيء او اسلم لم يؤخذ له مال فكذا المرتد وقوله واستحقاق الخ جواب عما يقال المرتد يجب ان يكون كالمقتضى عليه بالقصاص والرجم لانه مقهور تحت ايدينا للقتل عينا خصوصا فانه لا يمكن له حالة غير القتل بخلاف المرتد فان غير ما محتمل في حقه لاحتمال اسلامه ومع ذلك لا يزول ملكه واحد منهما عن ماله وتصرفاتهما نافذة فاجاب بالفرق بان استحقاق القتل في الفصلين بسبب الحربي والمرتد لبطلان العصمة بانتفاء سببها وهو الاسلام فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل عمدا لان استحقاق القتل بذلك لسبب جزاء على الجناية مع بقاء سبب العصمة وهو الاسلام فيبقى مالكا حقيقة لعصمة ماله لقيام سببها وكذا لو قتل لقاتل غير ولي القصاص قتل به انما يقتل كل منهما بما من حقوق تلك العصمة بخلاف المرتد لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل قال ابو اليسر قالا احسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر

يوسف

فان قاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا زاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فهو له لانه لم يزل مسلما لما ذكرنا واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهو ام ولده والولد حر وهو ابنه بالاجماع وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب ما صحت الاستيلاد فيما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد تبع له اقرب الى الاسلام الحجر عليه فيصار في حكم المرتد المرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خير دينا والمسلم يرث المرتد اذا لحق او قتل على ردته بالاجماع وقد تبع له اقرب الى الاسلام الحجر عليه فيصار في حكم المرتد المرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خير دينا والمسلم يرث المرتد اذا لحق او قتل على ردته بالاجماع وقد تبع له اقرب الى الاسلام الحجر عليه فيصار في حكم المرتد المرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خير دينا والمسلم يرث المرتد اذا لحق او قتل على ردته بالاجماع وقد تبع له اقرب الى الاسلام الحجر عليه فيصار في حكم المرتد المرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خير دينا والمسلم يرث المرتد اذا لحق او قتل على ردته بالاجماع

الحكمي لا الحقيقي ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضي عليه بالرجم وحاصل مراده ان المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند ابي حنيفة رحمه الله بل نقول انما اوجب الاسترقاق ذلك في الاصل للقهر الكائن بسبب حرابته وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق الاولى لان الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد

قوله وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه لقدا او عرضا اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه بالموت المحكوم به واذا عاد مسلما فقد احياه الله تعالى حياة جديدة ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة اذا لحقت وعادت مسلمة عن قريب تتزوج عن بعلها لانها فارغة عن النكاح والعدة كانها حيضت الا ان قال الله تعالى افمن كان ميتا فاحييناه فاذا احيي احتاج اليه فيقدم على الوارث وعلى هذا الواحي الله سبحانه ميتا حقيقة واعاده الى دار الدنيا كان له اخذ ما في يد ورثته بخلاف ما زاله الوارث عن ملكه سواء كان بسبب يبطل بالفسخ كالبيع او هبة او لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فانه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لا يعودون في الرق لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح له وهو اللحاق مرتدا لانه كالموت الحقيقي فنفذ والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان وولاؤهم لمولاهم اعني المرتد الذي عاد مسلما هذا اذا جاء مسلما بعد الحكم باللحاق فلو جاء مسلما قبل الحكم باللحاق فكانه لم يزل مسلما كانه لم يرتد فقط لما ذكرنا من انه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء، وما لم يستقر لا يورث فتكون امهات اولاده ومدبروه على حالهم ارقاء وما كان عليه من الديون المؤجلة لا تحل بل تكون الى حلولها لعدم تقرر الموت وصار كما لو عاد اذا لحق بعد البيع قبل القبض ثم عاد ان كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ وان عاد قبله جعل الاباق كان لم يكن

قوله واذا وطئ المرتدة جارية كتابية او يهودية كانت له في حال الاسلام فجاءت بولد لستة اشهر او اكثر ولو الى عشر سنين منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ويثبت لامه حق امومية الولد ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورث الابن وان مات المرتد على ردته او لحق بدار الحرب انما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا انه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الاب جارية الابن والعبد المأذون جارية من تجارته ذكره ابو الليث في شرح الجامع الصغير واما انه لا ترثه فلان الام اذا كانت يهودية او نصرانية يجعل الولد تبعا للمرتد لان الامة تقرب المرتد الى الاسلام للحجر عليه والظاهر انه لا يورث القتل على العود وصار الولد في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد ولا غيره واما اذا كانت الامة مسلمة فالولد مسلم تبعا لها وانما يجعل تبعا لها لانها خير دينا والمسلم يرث المرتد ولا يقال لم لم يجعل تبعا للدار فيما اذا كانت الام نصرانية لانه انما يجعل تبعا للدار اذا لم يكن معه احد ابويه بان لسبي وليس معه احدهما بل التقط في دار الاسلام ولا يظن ان هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلما مع وجودهما لان الحكم باسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لانه كان حين ولد مسلما فيبقى على ما كان بخلاف مسئلة الكتاب لانه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد في زمن اسلامهما وتقييد المسئلة بما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا احتراز عما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فانه يرثه اذا مات او لحق او قتل على ردته وذلك ليتيقن بحصول العلوق في حال اسلام ابيه المرتد فكان الولد مسلما والمسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهيرية ما ذكر في الكتاب ان الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة فيضعف بهذه المسئلة لان الولد يعني ولد الامة المسلمة هناك لم يكن موجودا حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم ان الصحيح ما رواه محمد عن ابي حنيفة رحمه الله ان من كان وارثا عند موته مسلما كان موجودا وقت الردة او حدث بعد ما شئت وقد مناه انه صح من قول ثمس الائمة وعلى هذا فيكون تخصيصا لقوله عليه الصلوة والسلام لا يرث المسلم الكافر بالكافر الا صلي الا انه يحتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الاجماع على ارث المسلمين مالا اذا لم يكن له وارث لان ذلك لاسلامهم على ما قدمناه فارجع

واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقتله او دبره او كاتبه او باعه او وهبه ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فعلا اذ الوارث الذي هو ابنه يكون خلفه كالموكل من جهته وحقوق العقد فيه يرجع الى المولى والولاء لمن يقع العتق عنه واذا قتل المرتد رجلا خطأ فحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في ماله اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا الدية فيما اكتسبه في الاسلام والردة جميعا لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله ينتقض تصرفاته في الحالين فهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الا عتبار المعتبر فقد بعد بالاراءة وكذا بالردة واما الثاني وهو ما اذا لحقت بمعناه اذ القتل كالحاقة لانه ضمان متلف والموت يقطع السراية واسلامه حيلولة حادثة في القلة فلا يرفع حكم الجناية الا ترى ان القصاص يجب على الخارق الذي نبينه ان شاء الله تعالى قال فان لم يلحق واسلم ثم مات تعلق الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا يتعلق الا سلام الا الضمان كما اذا قطع يد نفسه واسلم ثم مات ان الجناية وقعت في محل معصوم وتمت فيه بخلاف النفس كما دام يتخلل الردة وهذه لانه معتبر بقيام العصمة في محل البقاء بخلاف حالة الابتداء والمعتبر قيام العصمة في احد الطرفين حال ثبوت الحكم حال البقاء يعتبر من ذلك الوجه كما في الجناية على المرتد اذا قطع يد مسلم ثم ارتد ثم قتل المسلم

اليه وهذا كله بناء على كونه اذا اجارت به ستة اشهر او اكثر يحكم بان العلوق بعد الردة والوجه انه متى جاءت به لستة اشهر فصاعدا لمدة متصورة العلوق فيها في حالة الاسلام يجب ان يعتبر العلوق فيها وهذا يكون اذا جاءت به لاقل من سنتين بلحظة لانه احوط للحكم بالاسلام لانه على هذا الاعتبار يعلق مسلما يرثه وان كان على خلافه المذهب كالذي جاءت به لاقل من ستة اشهر ان على هذا لو جاءت به لتمام سنتين فصاعدا لا يرث قوله واذا لحق المرتد بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على ذلك المال فهو فيء بإجماع الائمة الاربعة وانما يخالف الائمة الثلاثة فيما في دار الاسلام من الباقي من ماله على ما تقدم انه عندهم محفوظ له الى ان يظفر به فيصير فيئا ولا اشكال كون ماله فيئا دون نفسه فان مشركي العرب كذلك وان لحق ثم رجع واخذ ما لا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فحكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكه وهو انهم ان وجدوه قبل القسمة رد عليهم وان وجدوه بعدها اخذوه بقيمته ان شاءوا ولو كان مثليا فقد تقدم انه لا يؤخذ لعدم الفائدة ثم جواب هذا الكتاب اعني الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين ان يكون عوده واخذه للمال بعد القضاء بلحاقه او قبله اما اذا كان بعد القضاء باللحاق فظاهر لانه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر واحرزه بدار الحرب واما اذا عاد قبله فلان عوده واخذه للحاقه ثانيا يرجح جانب عدم العود ويوكد فيقرر موته وما احتيج الى القضاء باللحاق ليصير ورثته ميراثا الا ليترجح عدم عوده فيتقرر موته فكان رجوعه واخذه ثم عوده واخذه ثانيا بمنزلة القضاء وفي بعض الروايات السير جعله فيئا لان بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكا للورثة والوجه ظاهر الرواية واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة خلافا للائمة الثلاثة والولاء والمكاتبة اي بدل الكتابة للمرتد مسلما لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ وهو القضاء بالعبد له ولا الى نقل الملك الى الاب لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فجعل كان الابن وكيلا عنه فانه لما لحق بدار الحرب كان كانه سلط ابنه على التصرف في ماله وحقوق العقد ترجع الى الموكل في الوكالة بالكتابة والولاء لمن يقع العتق عنه فلذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلما بخلاف ما اذا كان ادى بدل الكتابة الى الابن فان الولاء حينئذ يكون للابن قوله واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في ماله اكتسبه في حال اسلامه خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا في ماله اكتسبه في الردة والاسلام اما ان الدية في ماله فلان العواقل لا تعقل المرتد لان تحميلهم العقل باعتبار نصرهم اياه لما بها يقوى الجراءة ولا نصرة منهم للمرتد واما انه عنده في كسب الاسلام فقط فلانه لا ملك عنده لغيره وعندهما يملك الكل فيكون مالزمه من الكل وعلى هذا اذا غصب مالا فافسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام واكتسب في الردة سهام الجناية عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقوله وماله المكتسب ماله بتداء والمكتسب خبره والاولى في مثله الاتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة الا انه تركه للابتداء اليه لفساد المعنى على الصفة وجناية الامة والمكاتبة المرتدين بجناياتهم في غير الردة لان الملك فيها قائم بعد الردة والمكاتب يملك اكتسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر قوله واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع او لحق ثم جاء مسلما فمات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة فيهما اما الاول وهو وجوب نصف الدية فيما اذا مات فلان القطع وان وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلا حلت المحل بعد زوال عصمته فاهدرت اذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للعمد وايضا صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد واذا اهدرت السراية وجب دية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة واقل ما فيه دية بخلافه ما لو قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك القطع فانه لا يجب الضمان اصلا لان القطع وقع في وقت لا قيمة لها

فاذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقى فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابى حنيفة رح فلان المكاتب انما يملك كسبه بالكتابة والكتابة لا يتوقف بالردة فكذا اكسابه لانه يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى

فيه وهو وقت الردة فكانت هدرا والمهدر لا عبرة بالاعتبار اما المتبر فتقديم الاهدار بالابراء فكذا بالردة واما الثانى وهو وجوب نصف الدية اذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع قال المصنف ومعناه اذا قضى بلحاقه فانه صار مبينا تقديرا بالقضاء باللحاقة والموت بقطع السراية واسلامه حياة حادثة فى التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى على انها قتل لانه ما ثبت سراية بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع فى حال العصمة من حيث هو قطع لاقصاص فيه وفى ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة واما اذا لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلما فمات فهو على الخلاف الذى نبينه قال شمس الائمة الصحيح انه على الخلاف وقال فخر الاسلام لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذى نبينه ما يذكر من ان على قول محمد رح يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما تلى هذه وهى قوله وان لم يلحق اى المقطوع يده مسلما اذا ارتد ثم اسلم فمات من القطع من غير تخلل لحاق فعند ابى حنيفة رح وابى يوسف على القاطع دية كاملة استحسانا وعند محمد رح وزفر فى جميع ذلك يعنى الصور الاربع وهى ما اذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على ردته او ارتد ثم اسلم بلا لحاق او ارتد ولحق بعد القضاء او قبله ثم عاد فاسلم نصف الدية قياسا ووجه ان عصمة الردة اهدرت السراية حتى لو قتله قاتل لا شئ عليه فاذا اسلم بعد ذلك لا ينقلب بالاسلام الى الضمان من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يده مرتدا او حربيا فاسلم لا يجب على القاطع شئ ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم لانه مسلم وتمت فيه لانه مسلم فى الحالين فيجب ضمان النفس كما اذا لم تخلل الردة اهدار السراية وهذا لان تخللها كائن فى حال البقاء فقط وانما يوجب سقوط العصمة فى حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص فى النفس فيبقى ضمانها بالسراية لان سقوط العصمة فى حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية الا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء فى ايجابها والواقع انه لا معتبر ببقائها فى ذلك فانما المعتبر قيامها فى حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا وفى حال الموت فيثبت الحكم وهو الضمان وحالة البقاء بمعزل اذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه فصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى اذا قال لزوجته ان دخلت فانت طالق ثم ابانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا العبد ان فعلت فانت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب فى ايجاب الزكوة المعتبر وجوده اول الحول لينعقد السبب وفى آخره ليثبت حكمه بهذا اذا كان المقطوع يده هو الذى ارتد فاو كان القاطع هو الذى ارتد ففى المبسوط فان قتل او بات المقطوع يده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا شئ له لان الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند ايجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين السراية ان جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية فى الخطا فى ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جناية احد قوله واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فى ايام ردته بقى بكتابته فاخذ بماله اى اسر وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه كتابته وما بقى فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا اذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة اولى واذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته واما عند ابى حنيفة رح فيشكل لانه لا يملكه كسب الردة اذا كان حرا او ملكه زيادة مكاتبا ووجه ان المكاتب انما ملك اكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه فى اكسابه فلا يتوقف فيقضى منها ويورث الباقى وقوله الا ترى الخ توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع الى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لان الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت احكامه فالاستدلال

واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان في لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ويجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام وهي رابعة اربعة مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة

على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيكون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فاولى ان لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة فاذا امتنع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب اذا مات عن وفاء واستدلال المصنف وجه آخر خاص به بدلالة حال الرق فانه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع ان الرق اقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فاولى ان لا يتوقف بسبب ردته والحاصل ان عقد الكتابة يقتضي الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب كانه في دار الاسلام واورد عليه بان كون احدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم انه لا يمنع اذا اجتمعا وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فجاز ان يمنع التصرف اجيب مرة بان جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم الاصلي ومرة بان الكتابة مطلق التصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى احدهما والضمام احدهما الى الآخر انضمام علة الى اخرى فيها لعلل مستقلتين ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة قوله واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان في لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها يجبر الولد على الاسلام قال الولوالجي فلا تقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل ولا يجبر ولد الولد لانه لا تبعية جد بل ما قوله عليه الصلوة والسلام كل مولود يولد على الفطرة في الدين فيكون مسلما باسلامها ومرتدا بردتها فلما كان مرتدا يردتها اجبر كما يجبران وانما لم يجبر ولد الولد لانه لا تبعية جد بل ما قوله عليه الصلوة والسلام كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون ابواه هما الذين يهودانه الحديث اي يستتبعانه في ذلك وانما لم يجعل تبعا لابيه في الردة فيجبر مثله لان ردة ابيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع خصوصا واصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة ولهذا لا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف ابيه واذا لم يتبع الجد فيسترق او توضع عليه الجزية او يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر اهل الحرب اذا اسروا واما الجد فيقتل لاصالته لانه المرتد بالاصالة او يسلم وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان ولد الولد يجبر على الاسلام تبعا للجد فجعل مرتدا تبعا له قال المصنف واصله التبعية في الاسلام يعني اصل الجبر على الاسلام تبعا للجد هو ثبوت الاسلام تبعا للجد وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد ورواية الحسن يكون تبعا احدهما هذه والثانية صدقة الفطر للولد الصغير اذا كان جده موسرا ولا اب له او له اب معسر او عبد لا يجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجب عليه والثالثة جر الولاء صورتها معتقة تزوجت بعبد وله اب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لامه وولاؤه لمولى امه فاذا عتق جده لا يجر ولاء حافدة الى مواليه عن موالي امه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجره كما لو اعتق البوه والرابعة الوصية للقرابة لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالاب وتقييد الحبل بدار الحرب ليس باخراج الحبل في دار الاسلام عن حكم المسئلة اعني جبر الولد بل لافادة حكم الجبر فيما اذا حملت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق اولى لانه اذا اجبر مع انه علق في دار الحرب وللدار حرمة استتباع يقتضي انه ابعد عن الاسلام فلا يجبر اذا علق في دار الاسلام على الاسلام اولى بهذا اذا ولد لهما ولد بعد لحوقهما اما اذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد في لان الولد الصغير صار مرتدا تبعا للابوين وولد المرتد يصير فيئا بالسبي كذا ذكره ولو صح لزم انهما لو لم يلحقا به يكون مرتدا وليس كذلك على ما تقدم من انه ثبت له حكم الاسلام فيبقى عليه الا بمزيل والاحسن ما في المبسوط من انه خرج عن كونه مسلما باللحاق به فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعيته الابوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيئا يجبر على الاسلام اذا بلغ كما تجبر الام عليه فان كان الاب ذمي به وعقد والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيئا لانه بقي مسلما تبعا لامه فان قيل كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا تباين الدارين يمنع

قال ارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رح ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رح ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رح اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لا بوته فلا يجعل اصلا لانه يلزمه احكاما يشق بها المضرة فلا يتوهل له ولنا فيه ان عليا رض اسلم في صباه وصح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهورا ما افتخاره ولان الاسلام علو والكفر سفل فكان اسلامه اعلاما بما بلغت اوان حلمي واما ما عن الحسن انه اسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه احد عليه سوى رواية عن احمد رح لم تصح بل الصحيح عنه انه اسلم ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي استقرار الحال يبطل رواية الخمس عشرة سنة لانه اذا كان يوم الطير ابن ثمان سنين فقد عاش بعده ثلاثا وعشرين سنة وبقي بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة للستين وهو الصحيح في مقدار عمره ثم اسلامه عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قتل علي رض وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فمتى قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين سنة وان قيل اعدد واخرج البخاري في تاريخه عن عروة اسلم علي رض وهو ابن ثمان سنين واخرج الحاكم في المستدرك من طريق ابن اسحق انه اسلم وهو ابن عشر سنين واخرج ايضا عن ابن عباس رض رفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي رض يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه اسلم ابن سبع او ثمان سنين وما ذكر الثعلبي وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلا من النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعلى رض عاش ثلاثا وستين سنة يقتضي ان عمر حين اسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه عليه السلام عرض الاسلام على ابن صغار وهو غلام لم يبلغ وقد يقال لتصحيحه عليه الصلوة والسلام اسلامه ان اريد في احكام الآخرة فمسلم وكلامنا في تصحيحه في احكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث قاله الكبار ونحو ذلك ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صححه في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صحت اسلامه امكن ان يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد اورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرنا هو الوجه قيل ومن اقبح القبائح ان لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلوة قيل والعجب من الشافعي رح كيف يصح اختيار لاحد ابويه عند الفرقة مع ان اختياره من يطلق عنانه الى بيوتية من اللعب وغيره لا يصح اختياره المقطوع بخبرته فان قيل هو غير مكلف قلنا انما يلزم ذلك اذا قلنا بوجوب عليه قبل البلوغ كما عن ابي منصور والمعتزلة وانى يستقيم الواجب لكنا انما نختار انه يصح ليترتب عليه الاحكام الدنيوية والاخروية ثم اذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ اجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم بالدار وعن احمد ومالك رح يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف رح لانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار مع التصديق الباطني يحكم به الاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد اتى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح ان يقال لم يدخل ولم يتصف مع الدخول والاتصاف فان قال الايمان الذي اضيفه هو المعتبر فما دخل في الوجود لا اضيفه ولكن

الصحابة

الا تباع في الاسلام ابتداء لا في البقاء ما كان ثابتا الا ترى ان الحربي لو اسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لا يكون فيئا بخلاف ما لو اسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومرت اثنتان المسلمتان وكذا اذا كانت الام مسلمة والولد معها في دار الحرب لان بالموت يتأكد الاسلام ولا ينقطع قوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رح اي يصح فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لا يورث منه وبه كان يقول ابو يوسف رح ثم رجع وقال ليس بارتداد واسلامه اسلام باتفاق الثلاثة فلا يرث ابويه الكافرين ويرث اقاربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركة له ويحل له ذبيحة وتبطل بالردة الخمر والخنزير ونحو ذلك وعن ابن ابي مالك رح عن ابي يوسف رح ان ابا حنيفة رح رجع الى قول ابي يوسف رح وقال زفر رح والشافعي رح اسلامه ليس باسلام وردته ليس بارتداد لهما اي زفر رح والشافعي رح في عدم صحة اسلامه انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا لتباين بين صفة الاصلية والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح تبعا لابويه فلا يجعل اصلا مستقلا به ولانه يلزمه احكاما تشق بها المضرة من حرمان الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة فلا يتوهل له كالطلاق والعتاق ولنا فيه اي اسلامه ان عليا رض اسلم في صباه وصح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهورا ما افتخاره فلما نقل من قوله رض سبقتموني الى الاسلام طرا اعلاما بما بلغت اوان حلمي واما ما عن الحسن انه اسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه احد عليه سوى رواية عن احمد رح لم تصح بل الصحيح عنه انه اسلم ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي استقرار الحال يبطل رواية الخمس عشرة سنة لانه اذا كان يوم الطير ابن ثمان سنين فقد عاش بعده ثلاثا وعشرين سنة وبقي بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة للستين وهو الصحيح في مقدار عمره ثم اسلامه عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قتل علي رض وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فمتى قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين سنة وان قيل اعدد واخرج البخاري في تاريخه عن عروة اسلم علي رض وهو ابن ثمان سنين واخرج الحاكم في المستدرك من طريق ابن اسحق انه اسلم وهو ابن عشر سنين واخرج ايضا عن ابن عباس رض رفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي رض يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه اسلم ابن سبع او ثمان سنين وما ذكر الثعلبي وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلا من النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعلى رض عاش ثلاثا وستين سنة يقتضي ان عمر حين اسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه عليه السلام عرض الاسلام على ابن صغار وهو غلام لم يبلغ وقد يقال لتصحيحه عليه الصلوة والسلام اسلامه ان اريد في احكام الآخرة فمسلم وكلامنا في تصحيحه في احكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث قاله الكبار ونحو ذلك ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صححه في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صحت اسلامه امكن ان يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد اورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرنا هو الوجه قيل ومن اقبح القبائح ان لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلوة قيل والعجب من الشافعي رح كيف يصح اختياره لاحد ابويه عند الفرقة مع ان اختياره من يطلق عنانه الى بيوتية من اللعب وغيره لا يصح اختياره المقطوع بخبرته فان قيل هو غير مكلف قلنا انما يلزم ذلك اذا قلنا بوجوب عليه قبل البلوغ كما عن ابي منصور والمعتزلة وانى يستقيم الواجب لكنا انما نختار انه يصح ليترتب عليه الاحكام الدنيوية والاخروية ثم اذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ اجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم بالدار وعن احمد ومالك رح يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف رح لانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار مع التصديق الباطني يحكم به الاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد اتى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح ان يقال لم يدخل ولم يتصف مع الدخول والاتصاف فان قال الايمان الذي اضيفه هو المعتبر فما دخل في الوجود لا اضيفه ولكن

مَرَدَّ للحقيقة كما قلنا في الاسلام

الا انه يجب على الاسلام ما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا

اقول لا يتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة اما العدم اهلية الصحة وهو منتف لانه جعل اهلا للنبوة كما في يحيى عليه السلام وهو فرع الايمان والاقرار على اهلية للصلوة والصوم حتى يصحان منه ويثاب عليهما واما لعدم اهلية الوجوب فلزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا واما لحاجز شرعي وهو منتف ولا يلزم ان يثبت شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه مع عقليته ومعرفته نعم مقتضى الدليل ان يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد الى التصديق والاقرار ليسقط به ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوي به اسقاط الفرض كما انه لو كان يواظب الصلوة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها الا ما قرنه بنيته ادار الواجب اعتقادا لكنهم اتفقوا على انه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ اما عند فخر الاسلام فلانه يثبت اصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقليته دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض لتعجيل الزكوة واما عند شمس الائمة فلا وجوب اصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد وجد صار كالمسافر يصلي الجمعة ليسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها فاذا فعل تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بصحة اسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين او لاسلامه وابواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم يعقل اهل الاجماع عن آخرهم واما قوله يشوبه ضرر قلنا ما لا شوب السعادة الابدية وتنزول به توقع مضرة ابدية من رد اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل بعينه ولا يبالي سعيه بذلك الضرر لانه لا نسبة له بالضرر الآخر واما التنافي الذي ذكر فانما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا واصلا معا ولسنا نقول به بل هو تبع ما لم يعقل ويقر مختارا فاذا عقل واقر مختارا فنقول انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي اصلا وفي المبسوط منع المضاربة واجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعا له حتى اذا لم تنو السفر تكون مسافرة ولو نوته صارت مسافرة مقصودا وتبعا فجعلها امرين يتأديا حدهما بالآخر قال المصنف ولهم في الردة يعني الشافعي وزفر رد وابا يوسف رد انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رد لانه تعلق بهم اعلى المنافع ودفع اعظم المضار ولابي حنيفة رد ومحمد رد ما قلنا من انها موجودة حقيقة بوجود حقيقتها من الانكار والاقرار به ولا مراد للحقيقة فان قيل لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم رد ها في الاسلام مثله في الردة لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر الا ترى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب ان الحقائق الداخلة منه في الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم او الجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن ان يجعله عارفا اذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا اذا علم علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام بنية يجعل صائما شرعا فاو اكل جعل مفطرا ولم يجعل صائما وكذا اصلى ثم افسدها فاما اذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لانا لم يتيقن بالمصلحة في نفس الامر وذلك كالهبة فانه جائز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف وجائز كونه جاهلا في ذلك فان لم تكن حالية لذلك فمعناها بخلاف القبول فان علمنا علمه بالمصلحة يجعله جاهلا واذا ثبت الحقائق بعد العلم بثبوتها لا تردلزم ضررها بالضرورة الا ترى انا اتفقنا على جعله مرتدا اذا ارتد ابواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر قوله الا انه اي الصبي المرتد يجبر على الاسلام لما فيه من النفع المتيقن ودفع اعظم المضار ولا يقتل وبه د رابعة اربع مسائل لا يقتل فيها المرتد احداها الذي كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا ففي القياس يقتل كقول مالك رد والشافعي رد وقد منا من قريب وفي الاستحسان لا يقتل لان اسلامه ثابت

في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغيير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

بتبعية غيره صارت شبهة في اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا القياسية اسلم في صغره ثم بلغ مرتدا ففي القياس يقتل وبه قال مالك رح واحمد رح وفي الاستحسان لا يقتل مرتدا لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والثالثة اذا ارتد في صغره والرابعة المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على رأسه ظاهر في عدم الاعتقاد فيصير شبهة في اسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شئ ذكر الكل في المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط في دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا اجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولودين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف رح فوجه عدم قتله لانه اي القتل عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وبين ان الكلام كله في الصبي الذي يعقل الاسلام وفي المبسوط اراد كونه بحيث يناظر ويفهم ويفهم واعترض عليه من الشارحين قول المصنف رح مرحمة عليهم بانه يعذب في الآخرة مخلدا في النار يرحمهم ونقل ذلك من اسرار المبسوط وجامع التمرتاشي ومال التمرتاشي هذه الرواية الى التبصرة فالاولى في التعليل ما في المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء في صحة اسلامه انتهى ولفظه في المبسوط في هذه المسئلة فاذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من اهل ان يلتزم العقوبة في الدنيا بمباشرة سببه سائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيئا لان من ضرورة صحة ردته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالحربية اذا ارتدت لا تقتل ولو قتلها قاتل لم يلزمه شئ ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغيير العقيدة وكذا لا يصح اسلامه وكذا المجنون لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه والسكران الذي لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك رح واحمد رح في رواية والشافعي رح في قول وقال في قول آخر يصح ارتداده لطلاقه قلنا الردة تبنى على تبدل الاعتقاد ونعلم ان السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لانه لا يفتقر الى القصد ولذا لزم طلاق الناسي وتقدم في كتاب الطلاق فيه زيادة احكام فارجع اليه في فصل ويقع طلاق كل زوج الخ **فروع** كل من ابغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فالشاب بطريق اولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته في اسقاط القتل قالوا هذا مذهب اهل الكوفة ومالك رح ونقل عن ابي بكر الصديق رض ولا فرق بين ان يجئ تائبا من نفسه او شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا اكراه والا فهو كالمجنون وقال الخطابي لا اعلم احدا خالف في وجوب قتله واما قتله في حقه تعالى فتعمل توبته في اسقاط قتله ومن هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التي يكفر بها يعرف في الفتاوى واذا تهود نصراني وعكسه لا تأمره بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يؤمر بالكفر والردة محبطة ثواب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد في وقت صلاة صلاها فعليه اداؤها ثانيا وكذا يجب عليه الحج ثانيا ان كان حج واذا عتق المرتد عبده ثم استعبده ثم مات المرتد او قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فعمومته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت او حقيقة او حكما ولا يتوقف بخلاف بالوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم يسقط الدين فانه ينفذ والفرق في المبسوط وعن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد فميراثه للمعتق لا لمعتق الابن لانه مات قبل تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن رح قال لا يقبل في القتل الا اربعة قياسا على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو ينكر لا يتعرض له لانه كذب الشهود البتة بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند خاتمة

باب البغاۃ

اہل العلم الا عند الشافعی رہ فی وجہ فی العبد الی سیدہ ومن اصحابہ حد اثم ارتد ثم اسلم ان الزندیق لم یلحق بدار الحرب اقیم علیہ الحد وان لحق ثم عاد الی الاقام علیہ وعند الشافعی رہ واحمد رہ یقام مطلقا والمبنی ظاہر وقد منا انہ لا تقبل توبتہ الساحر الزندیق فی ظاہر المذہب وہو من لا یدین بدین ما من یظہر الکفر ویظہر الاسلام فہو المنافق ویجب ان یکون حکمہ فی عدم قبولنا توبتہ کالزندیق لان ذلک فی الزندیق لعدم الاطمینان الی ما یظہر من التوبۃ اذا کان یخفی کفرہ الذی ہو عدم اعتقادہ دینا والمنافق مثلہ فی الاخفاء وعلی ہذا فطریق العلم بحالہ اما بان یشہر بعض الناس علیہ او یسر الی من امن الیہ والحق ان الذی یقتل ولا تقبل توبتہ ہو المنافق والزندیق ان کان حکمہ ذلک فیجب ان یکون مسلمنا کفرہ الذی ہو عدم التدین بدین او یظہر تدینہ بالاسلام او غیرہ الی ان ظفر نا بہ وہو عرفی والا فلو فرضناہ مظہر الذلک حتی تاب یجب ان لا یقتل وتقبل توبتہ کسائر الکفار المظہرین بکفرہم اذا اظہروا التوبۃ وکذا من علم انہ ینکر فی الباطن بعض الضروریات کحرمۃ الخمر ویظہر اعترافہ حرمتہ وقال اصحابنا السحر حقیقۃ فی تاثیرہ فی ایلام الاجسام خلافا لمن منع ذلک وقال انما ہو تخییل وتعلیم السحر حرام بلا خلاف بین اہل العلم واعتقاد اباحتہ کفر وعن اصحابنا ومالک رہ واحمد رہ یکفر الساحر بتعلمہ وفعلہ سواء اعتقد بحرمتہ اولا ویقتل وقد روی عن عمر وعثمان وابن عمر رضی اللہ عنہم وکذلک عبد اللہ بن کعب وقیس بن سعد وعمر بن عبد العزیز فانہم قتلوہ بدون الاستتابۃ وفی حدیث مرفوع رواہ الشیخ ابو بکر الرازی فی احکام القرآن ثنا ابن قانع ثنا بشر بن موسی ثنا ابن الاصفہانی ثنا ابو معاویۃ عن اسمعیل بن مسلم عن الحسن عن جندب ان النبی صلی اللہ علیہ وسلم قال حد الساحر ضربۃ بالسیف انتہی یعنی القتل قال وقتلت جندب فی قتلہ الساحر الکوفی عن الولید بن عقبۃ مشہورۃ وعند الشافعی رہ لا یقتل ولا یکفر الا اذا اعتقد اباحتہ واما الکاہن فقیل ہو الساحر وقیل ہو العراف وہو الذی یحدس ویتخرص وقیل ہو الذی لہ من الجن من یاتیہ بالاخبار قال اصحابنا ان اعتقد ان الشیاطین یفعلون لہ بایثارہ کفر وان اعتقد انہ تخییل لم یکفر وعند الشافعی رہ ان اعتقد بایوجب الکفر مثل التقرب الی الکواکب وانما تفعل ما یلتمسہ کفر وعند احمد رہ حکمہ حکم الساحر فی روایۃ یقتل بقول عمر رضی اللہ عنہ اقتلوا کل ساحر وکاہن وفی روایۃ ان تاب لم یقتل ویجب ان لا یعدل عن مذہب الشافعی فی کفر الساحر والعراف وعدمہ واما قتلہ فیجب ولا یستتاب اذا عرفت مرادہ لعمل السحر بسببہ بالفساد فی الارض لا بمجرد عملہ اذ لم یکن فی اعتقادہ ما یوجب کفرہ واذا طلب المرتدون المواعدۃ لا یجیبہم الی ذلک

باب البغاۃ قدم احکام قتال الکفار ثم عقبہ بقتال المسلمین والوجہ ظاہر والبغاۃ جمع باغ وہذا الوزن مطرد فی کل اسم فاعل معتل اللام کغزاۃ ورماۃ وقضاۃ والبغی فی اللغۃ الطلب بغیت کذا ای طلبتہ قال اللہ تعالی حکایۃ ذلک کنا نبغ ثم اشتہر فی العرف فی طلب ما لا یحل من الجور والظلم فالباغی فی عرف الفقہاء الخارج علی امام الحق والخارجون عن طاعۃ الامام اصناف احدہا الخارجون بلا تاویل بمنعۃ وبلا منعۃ یاخذون اموال المسلمین ویقتلونہم ویخیفون الطریق وہم قطاع الطریق والثانی وہم کذلک الا انہم لا منعۃ لہم لکن لہم تاویل فحکمہم حکم قطاع الطریق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان اخذوا مال المسلمین قطعت ایدیہم وارجلہم علی ما عرف والثالث قوم لہم منعۃ وشوکۃ خرجوا علیہ بتاویل یرون انہ علی باطل کفر او معصیۃ توجب قتالہ بتاویلہم وہم لا یعلمون بالخروج یستحلون دماء المسلمین واموالہم ویسبون نساءہم ویکفرون اصحاب رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم وحکمہم عند جمہور الفقہاء وجمہور اہل الحدیث حکم البغاۃ عند مالک رہ یستتابون فان تابوا والا قتلوا وقتالہم لکفرہم وذہب بعض اہل الحدیث الی انہم مرتدون لحکم المرتدین لقولہ علیہ الصلوۃ والسلام یخرج قوم من آخر الزمان احداث الاسنان سفہاء الاحلام یقولون من قول خیر البریۃ یقرءون القرآن لا یجاوز تراقیہم یمرقون من الدین کما یمرق السہم من الرمیۃ فاینما لقیتموہم فاقتلوہم فان فی قتلہم اجرا لمن قتلہم یوم القیمۃ رواہ البخاری وعن ابی امامۃ انہ رای رؤسا منصوبۃ علی درج

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم لأن عليا رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به

مسجد دمشق فقال كلاب أهل النار كلاب أهل النار قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا قيل يا أبا أمامة بماذا قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وبذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع وبعضهم يكفر وبعض أهل البدع هو من خالف ببدعته دليلا قطعيا أو نسبه إلى أكثر أهل السنة والنقل الأول أثبت نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم والعبرة لغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في أول الباب من حديث الكثير الخضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قول الخضرمي دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة فإذا نفر خمسة يشتمون عليا رضي الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لأقتلنه فتعلقت به وتفرقت أصحابه فأتيت به عليا رضي الله عنه فقلت إني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من أنت فقال أنا سواد المنقري فقال علي رضي الله عنه خل عنه وقد كان عاهد الله ليقتلنك فقال أتقتله ولم يقتلني قلت فإنه قد شتمك قال فما شتمك دون شيء أو دعه ففي هذا دليل أن ما لم يكن بالخارجين منه لا يقتلهم وأنهم ليسوا كفارا لأن شتم علي رضي الله عنه ولا بقتله إلا إذا استحله فإن من استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغير حق أو عن تأويل واجتهاد يؤدي به إلى الحكم بحله بخلاف المستحل بلا تأويل وإلا لزم تكفيرهم فإن الخوارج يستحلون القتل بتأويلهم الباطل ومما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكر محمد رحمه الله أيضا حيث قال وبلغنا عن علي رضي الله عنه أنه بينما هو يخطب يوم الجمعة إذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رضي الله عنه كلمة حق أريد بها باطل لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ثم أخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج يدا بهم بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك إذا أخذ علي رضي الله عنه في الخطبة ليشوشوا خاطره فإنهم كانوا يقصدون بذلك نسبته إلى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين ولهذا قال علي رضي الله عنه كلمة حق أريد بها باطل يعني تكفيره وفيه دليل أن الخوارج إذا قاتلوا الكفار مع أهل العدل يستحقون من الغنيمة ما يستحقه غيرهم من المسلمين وأنه لا يعذر بالتعريض بالشتم لأن نسبته إلى الكفر شتم عرضوا به ولم يصرحوا والرابع قوم من مسلمين خرجوا على إمام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة **قوله** وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة إمام الناس به في أمان والطرقات آمنة دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم التي أوجبت خروجهم لأن عليا رضي الله عنه فعل ذلك يا أهل حروراء قبل قتالهم وليس ذلك واجبا بل مستحب لأنهم كمن بلغتهم الدعوة لا تجب دعوتهم ثانيا ويستحب وحروراء اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصر ومنه قول عائشة رضي الله عنها لمعاذة أحرورية أنت أسند النسائي في سننه الكبرى في خصائص علي رضي الله عنه إلى ابن عباس رضي الله عنه قال لما خرجت حرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف فقلت لعلي رضي الله عنه يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة لعلي أكلم هؤلاء القوم قال إني أخافهم عليك قلت كلا فلبست ثيابي ومشيت حتى دخلت عليهم في دارهم وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس رضي الله عنه ما جاء بك قلت آتيتكم من عند أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم المهاجرين والأنصار ومن عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم أعرف بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد لأبلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون فانتحى لي نفر منهم قلت ما نقمتم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه وأول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا إحداهن أنه حكم الرجال في دين الله وقد قال الله تعالى إن الحكم إلا لله قلت هذه واحدة قالوا وأما الثانية فإنه قاتل ولم يسب ولم يغنم فإن كانوا كفارا لقد حلت لنا نساؤهم وأموالهم وإن كانوا مؤمنين لقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه أخرى قالوا وأما الثالثة فإنه محى نفسه من أمير المؤمنين فإن لم يكن أمير المؤمنين فإنه أمير الكافرين قلت هل عندكم

ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفيء فيئهم ثم قال ولا يذفف على جريح ولا يتبع مدبرا ولا يقتل أسيرا ولا يقتل أحدا منهم صبرا ولا يقتل أحدا منهم إلا أن يقتل هو أو يقتل أصحابه ولا يقتل أحدا منهم إلا أن يقتل هو أو يقتل أصحابه ولا يقتل أحدا منهم إلا أن يقتل هو أو يقتل أصحابه

الأحكام المعروف بخواهرزاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تحيزوا واجتمعوا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتال المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عندنا ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيقام على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام المحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة

شيء غير هذا قالوا نعم فان قلت لهم انا نجتهد ان قرأت عليكم من كتاب الله وحدثتكم من سنة نبيه ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت اما قولكم انه حكم الرجال في دين الله وانا اقرأ عليكم ان قد صير الله حكمه الى الرجال في ارنب ثمنها ربع درهم قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة وزوجها وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها الآية كم الله احكم الرجال في حقن دمائهم وانفسهم واصلاح ذات بينهم وحكم امة محمد في ارنب ثمنها ربع درهم تقولوا اللهم بل في حقن دمائهم واصلاح ذات بينهم قلت اخرجنا من هذه قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم تنهبوا لكم عائشة رضي الله عنها أتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي امكم لئن فعلتم لقد كفرتم فان قلتم ليست امنا لقد كفرتم قال الله تعالى النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وازواجه امهاتهم فانتم بين ضلالتين فأتوا منهما شئتم فخرج ثلثاهم وبقي ثلثهم قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه محى نفسه من امير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على ان يكتب بينه وبينهم كتابا فقالوا لو كنا نعلم انك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان كذبتموني يا علي رضي الله عنه اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي رضي الله عنه فقد محى نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاكم ان عبد الله بن شداد استحكمت حلقته حين الذين قتلهم علي رضي الله عنه فقال لما كانت حرب معاوية وحكم الحاكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فمروا بارض يقال لها حرورا من جانب الكوفة الى ان قال فبعث الي علي عبد الله بن عباس فخرجت معه حتى اذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكوى خطيبا فقال يا حملة القرآن هذا عبد الله بن عباس فمن لم يكن يعرفه فانا اعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا ممن نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون فرده الى صاحبه فقالوا ضعوه كتاب الله فقام خطيبا وهم وقالوا والله لتواضعنه فواضعهم عبد الله بن عباس الكتاب ووضعوه ثلاثة ايام فرجع منهم اربعة آلاف فيهم ابن الكوى حتى ادخلهم الكوفة على علي رضي الله عنه الى آخر الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم قوله لا يبدأ بالقتال حتى يبدؤه هكذا ذكر القدوري وهو بناء على ما سناه من قول علي رضي الله عنه ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا وذكر الامام الاجل المعروف بخواهرزاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تحيزوا واجتمعوا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يبدؤا حقيقة وهو قول مالك رحمه الله واحمد رحمه الله واكثر اهل العلم لان قتل المسلم لا يجوز الا دفعا وهم اي البغاة مسلمون لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ثم قال فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله ونحن اوردنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم وذلك هو الاجتماع على قصد القتال والامتناع لانه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع لتقوي شوكتهم وتكثر جموعهم فتصير فئة يسرع اليها اهل الفساد وهم الاكثر والكفر ما ابيح القتال الا للحرابة والبغاة كذلك ويجب على كل من اطاق الدفع ان يقاتل مع الامام الا ان ابدوا ما يجوز لهم القتال لان ظلمهم او ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه يجب ان يعينوه حتى يفيء الى امر الله وهو رجوع عن جوره بخلاف ما اذا كان الحال مشتبها انه ظلم مثل تحميلهم بعض الجنايات التي للامام اخذها والحاق الضرر بها لدفع ضرر اعم منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به اهل الحرب من المنجنيق وارسال الماء والنار وخواهرزاده سماه ابن الاخت وكان ابن اخت القاضي الامام ابن ثابت قاضي سمرقند واسم خواهرزاده محمد وكنيته ابو بكر واسم ابيه حسين البخاري وهو معاصر لشمس الائمة السرخسي وموافق له في اسمه وكنيته لان شمس الائمة اسمه محمد وكنيته ابو بكر بن سهل وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين واربعمائة وفخر الاسلام ايضا معاصر لهما وتوفي سنة احدى وثمانين واربعمائة واذا بلغهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله من قوله

فان بانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلتحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لا يريق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال هو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تاويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال لا بان يقاتلوا بانفسهم حتى يقتلوا او يؤخذ ما عليهم فاما اذا علم القسمة فلما بيناه واما الجلس فلان قهرهم بكسر شوكتهم لما عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يسلم الكراع لان حبس الثمن انظر وليس قبل الرد بعد التوبة ظاهر فلا يستفاد

الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه الصلوة والسلام من فر من الفتنة احتق النار وقعته من النار وقال لواحد من الصحابة رضي الله عنهم اجلس في بيتك رواه عنه الحسن بن زياد محمول على ما اذا لم يكن له امام وما روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم انهم قعدوا في الفتنة محمول على انه لم يكن لهم قدرة ولا تحمى وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال كما روي عن بعضهم انه اتى عليا رضي الله عنه يطلب عطاءه من بيت المال فسمعه علي رضي الله عنه وقال له اين كنت يوم صفين فقال ابتغي سيفا اعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله محمد وانما قال فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله وما روي اذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار محمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين اهل القرى والمحلتين او لاجل الدنيا والمملكة قال الذهبي يصح عن ابي بكرة قال سمعت ابي يسأل عن ابي بسرة عمرو بن شرحبيل قال رأيت كان قبابا في رياض فقلت لمن هذه فقيل لعمار بن ياسر واصحابه فقلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضا قال انهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى وبهذا لان قتالهم عن اجتهاد قوله فان كان لهم فئة اجهز على جريحهم اي يسرع في اماتتهم واتبع موليهم على البناء للمفعول فيهما لان القتل والاسر دفعا شرهم كيلا يلتحقوا اي الجريح والمولى بهم اي بالفئة على معنى القوم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مولاهم لاندفاع الشر بدون ذلك وهو المطلوب وقال الشافعي رحمه الله واحمد ايضا لا يجوز ذلك اي الاجهاز والاتباع في الحالين حال الفئة وعدمها لان القتال اذا تركوه بالتولية والجراحة المثخنة عنه لم يبق قتلهم دفعا ولا تجوز قتلهم لاندفاع شرهم وبما روى ابن ابي شيبة عن عبد خير عن علي رضي الله عنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريحهم ومن القى سلاحه فهو آمن واسناده ايضا ولا يقتل اسيرا وجوابه ما ذكرنا ان المعتبر في جواز القتل دليل قتالهم لا حقيقته لان قتل من ذكرنا اذا كان لفئة لا يخرج عن كونه دفعا لانه لا يتحيز الى الفئة ويعود شره كما كان في اصحاب الجمل لم يكن لهم فئة اخرى سواهم قوله ولا يسبى لهم ذرية اذ ظهر عليهم ولا يقسم لهم ماله بين المقاتلة لقول علي رضي الله عنه فيما روى ابن ابي شيبة ان عليا رضي الله عنه لما هزم طلحة واصحابه امر مناديه فنادى ان لا تقتل مقبل ولا مدبر يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال وروى عبد الرزاق نحوه وزاد وكان علي لا يأخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيئا فليأخذه وفي تاريخ واسط باسناده عن علي رضي الله عنه انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريحهم ولا تقتلوا اسيرا واياكم والنساء وان شتمن اعراضكم وسببن امراءكم ولقد رأينا في الجاهلية وان الرجل ليتناول المرأة بالجريدة او بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده هذا وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في المستدرك والبزار في مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدري يا ابن ام عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الامة قال الله ورسوله اعلم قال لا يجهز على جريحها ولا يقتل اسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيئها واعله البزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم قال محمد بلغنا ان عليا رضي الله عنه اتى ما اصاب من عسكر اهل النهروان في الرحبة فمن عرف شيئا اخذه حتى كان آخره قدر حديد لانسان فاخذه وقول علي رضي الله عنه في الاسير تاويله اذا لم تكن لهم فئة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الاسير وان كان عبدا يقاتل وان شاء جلسهم والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه تجلس لما ذكرنا من وقعة الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الائمة الثلاثة ومعنى هذا الاعتبار ان يحكم نظره فيما هو احسن الامرين من كسر الشوكة من قتله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفي واذا اخذت المرأة من اهل البغي وكانت تقاتل حبست والا فلا لانها في حال مقاتلتها دفعا واما تحبس للمعصية ولمنعها من الشر والفتنة قوله ولا بأس ان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج اهل العدل اليه وكذا الكراع يقاتلون عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز استعمالها في القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا ترد قبله لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك الا برضاه ولنا ان عليا رضي الله عنه اخذ الخز يوم البصرة وروى ابن ابي شيبة في آخر مصنفه في باب وقعة الجمل باسناده الى ابن الحنفية ان عليا رضي الله عنه قسم يوم الجمل في العسكر ما اجافوا عليه من تخريز وسلاح قال الصدر وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولولا ان

قال وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا لانه لاية الاخذه باعتبار الحماية وقد عجزهم وان كانوا اصرفوه في حقه اخرى من عاد لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه فرأى حتم اعادتها بما سبق وبدائه قال لانه لم يصل الى المستحق قال النسفي رحمه الله قالوا لا اعادة عليهم لانهم مقاتلة فقراء وقد سقط عنهم الخراج والعشر لانهم كانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد سقط في الحكومة وفي المستقبل بأخذه الامام لانه يحكم بسقوطه عنهم لانهم مقاتلة فقراء وهم

قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

فتملوا واخذوا عن تاويل ضمنوا اذا تابوا او قدر عليهم والدليل على ما ذكرناه اجماع الصحابة رض رواه الزهري قال عبد الرزاق في مصنفه شاهدت قال اخبرني الزهري ابن سليمان بن هشام كتب اليه يسأله عن امراة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم رجعت الى اهلها تائبة قال فكتب اليه اما بعد فان الفتنة الاولى ثارت واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رايهم على ان لا يقيموا على احد حدا في فرج استحلوه بتاويل القرآن ولا قصاص في دم استحلوه بتاويل القرآن ولا في مال استحلوه بتاويل القرآن الا ان يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه واني ارى ان ترد على زوجها وان لم يحبها من اشترى عليها قال المصنف رح لانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد من التاويل ملحق بالصحيح اذا ضمنت اليد المنعة في حق الدفع اي نفي الضمان وصار كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم ولا يخفى ان هذا الاعتبار هو الالحاق الفاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ حتى ضل متمكنه بالصحيح لشرط انضمام المنعة اليه وتعليله بانه عند انضمام المنعة ينقطع ولاية الالزام فيلزم السقوط كله مستندا الى الاجماع المنقول من الصحابة رض والا فلا يلزم من العجز عن الالزام سقوطه شرعا بل انما يلزم سقوط الخطاب به ما دام العجز عن الزامه ثابتا فاذا ثبت القدرة تعلق خطاب الالزام كما يقول الشافعي لكن لما كان الاجماع المنقول في صورة مغيبة بما ذكرنا كان ذلك اصلا شرعيا ضرورة الاجماع المذكور اذا عرفت هذا فيقول ابو يوسف رح الحاق التاويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة رض كان في دفع الضمان والحاجة هنا الى اثبات الاستحقاق فالحاجة به بلا دليل وهنا يقولان المستحق من الصحابة رض جعل تلك المنعة والاعتقاد داعيا لولاه لثبت لثبوت اسباب الثبوت الاثر الخ لولا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف المال المعصوم غير متاول ما نحن فيه فان القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة والقتل بغير حق مانع وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة فمنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث قوله ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عسكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لانه يقاتل بعينه لا ما لا يقاتل به الا بصنعة تحدث فيه ويكره كراهة بيع المعازف لان المعصية تقام بها عينها ولا يكره بيع الخشب المتخذة هي منه وعلى هذا بيع الخمر لا يصح ويصح بيع العنب والفرق في ذلك كله ما ذكرنا وقيل الفرق الصحيح ان الضرر هنا يرجع الى العامة وهناك يرجع الى الخاصة ذكره في الفوائد الظهيرية فرع اذا طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها اذا كان خيرا للمسلمين لان المسلمين قد يحتاجون الى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزاد من التقوي عليهم ولا يؤخذ منهم على ما شيء لانهم مسلمون ومثله في المرتدين الا انهم اذا اخذوا املاكهم يجبرون على الاسلام واذا تاب اهل البغي تقدمهم انهم لا يضمنون ما اتلفوا وفي المبسوط روى عن محمد رح قال فلو انهم بان يغنموا اموالا اتلفوا من النفوس والاموال ولا الزمهم بذلك في الحكم قال شمس الائمة وهذا صحيح فانهم كانوا مستقدين الاسلام وقد ظهر انهم خطاؤهم الا ان ولاية الالزام كانت منقطعة للمنعة فيفتقرون بعد ولوا استقلال اهل البغي باهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كذا ان هذا الفعل من اهل البغي ليس نقضا للايمان فالذين انضموا اليهم من اهل الذمة لم يخرجوا من ان يكونوا اما تزين حكم الاسلام في المعاملات وان يكونوا من اهل الدار محكوما حكم البغاة واذا وقعت الموادعة فاعطى كل فريق رهنا على ان ايهما غدر يقتل الآخرون الرهن فقد اهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لاهل العدل قتل الرهن بل يحبسونهم حتى يهلك اهل البغي او يتوبوا لانهم صاروا آمنين بالموادعة او باعطائنا الامان لهم حين اخذنا رهنا والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به لكن يحبسون لخافة ان يرجعوا الى قبيلتهم وكذا اذا كان بذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى

بالالحاق

كتاب اللقيط

يسلموا فان ابوا جاهدوا ذمته ووضعت عليهم الجزية لانهم خلصوا من ايدينا آمنين وحكى ان المنصور كان يتلى بين يديه اهل الموصل ثم انهم غدروا فقتلوا رهنة فجمع العلماء ليستشيرهم في رهنهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على انفسهم وفيهم ابو حنيفة رحمه الله ساكت فقال له ما تقول فقال ليس لك ذلك فانك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل لك شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة وزر اخرى فاغلظ عليه القول واخرجه من عنده وقال ما دعوتك لشيء الا استفتني بما اكره ثم جمعهم عن الغد وقال تبين لي ان الصواب ما قلت فماذا تصنع بهم قال سل العلماء فسالهم فقالوا الاعلم لنا قال ابو حنيفة رحمه الله توضع عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام في دارنا على التابيد والكافر اذا رضي بذلك توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه وقال اذا امن رجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي جاز امانه لانه ليس اعلى شقا قا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولانه قد يحتاج الى مناظرته ليتوب والى اتباعه ذلك مالم يأمن كل من الآخر ومنه لمن يقول لا بأس عليك ولا يجوز امان الذمي اذا كان يقاتل مع اهل البغي ولو ظهر اهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا من اهله ليس من اهل البغي صح وعليه ان يقيم الحدود ويحكم بين الناس بالعدل فان كتب هذا القاضي كتابا الى قاضي اهل العدل بحق لرجل من اهل مصره شهادة من شهد عنده ان كان القاضي يعرفهم وليسوا من اهل البغي اجازه وان كانوا من اهل البغي او لا يعرفهم لا يعمل به لان الغالب فيمن يسكن عندهم انه منهم ولا يقبل قاضي اهل العدل كتاب قاضي اهل البغي لانهم فسقة ويكره اخذ رسومهم فيطاف بها في الآفاق لانه مثله وجوزه بعض المتاخرين اذا كان فيهم طمانينة قلوب اهل العدل او كسر شوكتهم ويكره للعادل قتل ابيه او اخيه عن اهل البغي بخلاف اخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع في الباغي حرمتان حرمة الاسلام وحرمة القرابة وفي الكافر حرمة القرابة فقط واذا كان رجل من اهل العدل في صف اهل البغي فقتله رجل من اهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف اهل الحرب لانه اهدر نفسه حين وقف في صفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستامنا في دارنا وهذا بقياس شبهة الاباحة في دمه واذا حمل العادل على الباغي فقال تبت والقى السلاح كف عنه كذا لو قال كف عني حتى انظر لعلي اتوب والقى السلاح وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله ومتى القا وكف عنه بخلاف الحربي ولا يلزم الكف عنه بالقائه السلاح ولو غلب اهل البغي على بلد فقاتلهم آخرون من اهل البغي فاراد وا ان يسبوا ذراري اهل المدينة وجب على اهل البلد ان يقاتلوا دون الذراري لانهم لا يسبون فوجب قتالهم واذا اودع اهل البغي قوما من اهل الحرب لا يحل لاهل العدل غدرهم لانهم مسلمون قاموا مقام المسلم اذا كان في منعه نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لاحد من اهل العدل ان يشتري منهم ولو ظهر اهل البغي على اهل العدل فلحقوا بهم الى دار الشرك لم يحل لهم ان يقاتلوا المشركين مع اهل الشرك لان حكم اهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم ان يستعينوا باهل الشرك على اهل البغي اذا كان حكم اهل الشرك هو الظاهر ولا بأس بان يستعين اهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان حكم اهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة عليهم لقوم منهم او من اهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولى البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه فقضى ما شاء ثم ظهر اهل العدل فرفعت اقضيته الى قاضي العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضاه برأي بعض المجتهدين لان قضاء القاضي في المجتهدات نافذ وان كان مخالف الرأي قاضي العدل ولو استعان البغاة باهل الحرب فظهر عليهم سبوا اهل الحرب ولا يكون استعانة البغاة بهم امان منهم لهم حتى يلزمنا تامينهم على ما قدمنا لان المستامن من يدخل دار الاسلام تاركا للحرب وهؤلاء ما دخلوا الا ليقاتلوا المسلمين +

كتاب اللقيط

عقب اللقيط واللقطة لاجتماعهما وما فيهما من كون النفوس والاموال تصير عرضة للضياع وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال واللقيط لغة ما يلقط اي يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول كجريح وقتيل او من التقاط الزرع باعتبار الآلة لانه يلتقط بالعادة كالتقتيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه وقد لا التقاط مندوب اليه لما

اللقيط سمي به باعتبار ما له لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب وتفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان ياخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده

من احياء نفس مسلمة اذا لم يغلب على الظن ضياعه فان غلب على الظن ضياعه كان واجبا وقول الشافعي ؟ وباقي الائمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف هلاكه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قيل الوجوب قيل الخوف نعم اذا غلب على الظن ضياعه او هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذي ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا لان هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت الزامه بقطعي فرض قوله اللقيط حر كان الملتقط عبدا اي في جميع احكامه حتى يحد قاذفه والجناية عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف امه لانا لا نعلم حريتها ولا يقام الحد على احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية لان الاصل في بني آدم الحرية لانهم اولاد خيار المسلمين آدم وحواء وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب والغالب في جميع الدنيا الاحرار قوله ونفقته في بيت المال اي اذا لم يكن له مال وهذا بلا خلاف واصله ما روى مالك رض في الموطا عن سنين ابي جميلة رجل من بني سليم انه وجد منبوذا في زمن عمر بن الخطاب رض فجئت به الى عمر رض فقال ما حملك على اخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فاخذتها فقال له عريفه يا امير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر فعلينا نفقته وعن مالك رض رواه الشافعي رض في مسنده وقال البيهقي وغير الشافعي رض يرويه عن مالك رض ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال انبانا مالك رض عن ابن شهاب حدثني ابو جميلة انه وجد منبوذا على عهد عمر بن الخطاب رض فاتاه به فامر عمر رض فاتى عليه خير فقال عمر رض هو حر وولاؤه لك ونفقته من بيت المال وعمر رض دل عليها ما في رواية محمد رحمه الله في حديث ابي جميلة ان قال له عسى الغوير ابوسا وهو مثل لا يكون ظاهره خلاف باطنه واول من قاله الزباء وما قيل فيه دليل على ان الملتقط ينبغي ان يأتي به الى الامام او الا ليس بلازم نعم من لم يشرع بالانفاق وقصد ان ينفق عليه من بيت المال كما فعل ابو جميلة يحتاج ان يأتي به اليه فاذا جاء به الى الامام لا يصدقه فيخرج من بيت المال نفقته الا ان تقييم بينة على الالتقاط لانه عساه ابنه واذا قال عمر رض عسى الغوير ابوسا فالوجه انه لا يتوقف على البينة بل لم يرجح صدقه الا ترى ان عمر رض لما قال عريفه انه رجل صالح اتفق عليه فان هذه البينة ليست على اوضاع البينات فانها لم تقم على خصم حاضر وانما كانت ترجح صدقه في اخباره بالالتقاط وكذا قال في المبسوط هذه بينة لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم يكن على خصم قال الواقدي وحدثني محمد بن عبد الله بن اخي الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان عمر رض اذا اتي بلقيط فرض له ما يصلحه رزقا يأخذه وليه كل شهر ويوصي به خيرا ويجعل ضياعه في بيت المال ونفقته روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن زهير بن ابي ثابت عن فضل بن ابو سر عن تميم انه وجد لقيطا فاتى به الى علي رض فالنفقة علي رض ما دام صغيرا ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة له غنيا كتجب نفقته عليهم فكانت في بيت المال كالمقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان اي لبيت المال غنمه اي ميراثه ودية حتى لو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على اهل تلك المحلة دية لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط او غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله عمدا فالخيار الى الامام على ما تقدم في مثله فعليه غرم ولهذا كانت جنايته في بيت المال وبدأ محمد رحمه الله بحديث الحسن ان رجلا التقط لقيطا فاتى به عليا رض فقال هو حر ولان اكون وليت من امره مثل الذي وليت منه احب الي من كذا وكذا فحرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهي الامة لانه لا ينبغي للامام ان يأخذه من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو احق به قوله والملتقط متبرع بالانفاق عليه لعدم ولايته على ان يلحقه الدين ليرجع عليه اذكروا كتسب الا انه يأمره القاضي به فيكون دينا عليه يعني بهذا التقييد بان يقول انفق عليه ويكون ذلك دينا عليه وظاهر الحصر المذكور في قوله الا ان يأمره الى آخره بقيد انه لو امره ولم يقل ليكون دينا لا يرجع بما انفق وهو كذلك في الاصح لان مطلق الامر بالانفاق انما يوجب ظاهرا ترغيبه في اتمام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل يوجب له الرجوع لان امر القاضي

فالنفقة

فالنحة

فان ادعى مدع انه ابنه اقول قوله معناه اذا ادعى الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله يقضى ببطلان حق الملتقط وهو الرجوع ان انه اقر للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعتبر بعده ثم قيل الصحيح في حقه دون بطلان يد الملتقط وقيل يستوي عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل الصحيح قياسا واستحسانا ولا صحة انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان عاد اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة يده وان لم يصف احدهما علامة فهما فيه سواء لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لثبوت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى فرعي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره

كالرجوع بنفسه اذا كان كبير العقل ولاية القاضي فاذا اتفق بالامر الذي يصير دينا عليه يلزم فادعى انه انفق عليه كذا وان صدقه الملتقط رجع بنفسه وان كذبه فالقول قول الملتقط وعلى الملتقط البينة قوله فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله وثبت نسبه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف ومعناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني سابقا على دعوى المدعي او مقارنا اما اذا ادعاه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج اولى وان ادعياه معا فالملتقط اولى ولو كان ذميا والخارج مسلم لاستوائهما في الدعوى ولاحدهما يد وكان صاحب اليد اولى وهو الذي يحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسان والقياس ان لا يثبت الا ببينة لانه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويتأذى بانقطاعه اذ يعيره به ويحصل له من القوم تربية ومؤنة راغبا في ذلك غير ممتنع به ويد الملتقط ما اعتبرت الا لحصول مصلحة هذه لا لذاتها ولا استحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب اتصال هذا النفع اليه لان الاب احق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة القائلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم ان عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء واما ثبوت النسب في دعوى ذمي الى مسلم فقيل يصح قياسا واستحسانا لانه ليس فيه قياس يخالفه والصحيح انهما ايضا فيه الا ان وجه القياس فيه غيره في دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق بمجرد دعوى وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى انه لقطة كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض ووجه الاستحسان فيه ما قدمناه والتناقض لا يضر في دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما في الاصل الذي احال المصنف عليه ولو ادعاه اثنان خارجان سواء وصف احدهما علامة في جسده فطابق هو او به من الآخر الا ان يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة او كان مسلما وذو العلامة ذمي فيقدم المسلم ولو اقاما البينة واحدهما ذمي كان ابنا للمسلم ولو لم يصف احدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو الدعوى وكذا لو اقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة احدهما سابقة على الآخر كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع فيه وانما قدم ذو العلامة لترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف او جاء اثنين حينا في يد ثالث وذكر احدهما علامة لا يفيد شيئا وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لان سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة فلو قضى له لكن اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح احد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجان فاقام احدهما البينة انه كان في يده قبل ذلك كان احق به لظهور تقدم اليد وكما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما وعند الشافعي رحمه الله يرجح البينة على ما قدمناه في باب الاستيلاد ولا يلحق باكثر من اثنين عند ابي يوسف وهو رواية عن احمد رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يلحق باكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وان كان المدعي اكثر من اثنين وعن ابي حنيفة انه جوز الى خمسة ولو ادعته امرأة لا تقبل الا ببينة لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعته امرأتان واقاما البينة فهو ابنهما عند ابي حنيفة هذه في رواية ابي حفص وعندهما لا يكون واحد منهما وهو رواية عن ابي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة الملتقط فلو مات عن مال فادعى انسان نسبه لا يثبت لان تصديقه كان باعتبار ان الملتقط محتاج الى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يقبل الا ببينة على ذلك

قوله واذا وجد اللقيط في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فهو مسلم لا فرق في ذلك بين ان يكون في مكان المسلمين او الكفار لما رجحوا قطرنا عليه اولا

وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لقيا منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تثبت له الحرية فلا تبطل للحرية الظاهرة بالشك

ولا يمين عليه لانه لو نكل لا يقضى عليه بشيء وانما يمين على ما يستحلف عليه وهذا لان اليمين لا تكون الا على فعل الغير وهو لا يعلم فعل غيره وانما يحلف على فعل نفسه وهو لا يعلم فعل نفسه فلا يمين عليه ولا يمين على الصبي ولا على المعتوه لانه لا يعقل اليمين ولا على الميت لانه لا يمكن استحلافه ولا على الكافر في الحدود لان الحدود مبناها على الدرء والشبهات ولا على الكافر في نكاح المسلمة لان النكاح يحتاط في ابقائه ولا على الكافر في الاقرار بالرق على المسلم لان الرق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالولاء على المسلم لان الولاء يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالنسب على المسلم لان النسب يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالقصاص على المسلم لان القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالشفعة على المسلم لان الشفعة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالوكالة على المسلم لان الوكالة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالوصية على المسلم لان الوصية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالوديعة على المسلم لان الوديعة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالعارية على المسلم لان العارية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالاجارة على المسلم لان الاجارة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالشركة على المسلم لان الشركة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالمضاربة على المسلم لان المضاربة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالرهن على المسلم لان الرهن يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالهبة على المسلم لان الهبة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصدقة على المسلم لان الصدقة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالوقف على المسلم لان الوقف يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالعتق على المسلم لان العتق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالطلاق على المسلم لان الطلاق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالعفو عن القصاص على المسلم لان العفو عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن القصاص على المسلم لان الصلح عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الدية على المسلم لان الصلح عن الدية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الارش على المسلم لان الصلح عن الارش يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الجناية على المسلم لان الصلح عن الجناية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الغصب على المسلم لان الصلح عن الغصب يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الوديعة على المسلم لان الصلح عن الوديعة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن العارية على المسلم لان الصلح عن العارية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الاجارة على المسلم لان الصلح عن الاجارة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الشركة على المسلم لان الصلح عن الشركة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن المضاربة على المسلم لان الصلح عن المضاربة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الرهن على المسلم لان الصلح عن الرهن يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الهبة على المسلم لان الصلح عن الهبة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصدقة على المسلم لان الصلح عن الصدقة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الوقف على المسلم لان الصلح عن الوقف يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن العتق على المسلم لان الصلح عن العتق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الطلاق على المسلم لان الصلح عن الطلاق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن العفو عن القصاص على المسلم لان الصلح عن العفو عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الدية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الدية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الارش على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الارش يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الجناية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الجناية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الغصب على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الغصب يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الوديعة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الوديعة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن العارية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن العارية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الاجارة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الاجارة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الشركة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الشركة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن المضاربة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن المضاربة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الرهن على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الرهن يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الهبة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الهبة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصدقة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصدقة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الوقف على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الوقف يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن العتق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن العتق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الطلاق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الطلاق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الطلاق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الطلاق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الطلاق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الطلاق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الطلاق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الطلاق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الطلاق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الطلاق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الطلاق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الطلاق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الطلاق على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الطلاق يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العفو عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن القصاص يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الدية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الارش يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الجناية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الغصب يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوديعة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العارية يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الاجارة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الشركة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن المضاربة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الرهن يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الهبة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصدقة يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف على المسلم لان الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الوقف يحتاط في اثباته ولا على الكافر في الاقرار بالصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن الصلح عن العتق على المسلم لان الصلح عن الصل

الحر في دعوى اللقيط اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي ح لما مر ولو ادعى رقه وصدقه اللقيط صار عبدا حتى لو برهن احد على حريته قبل برهانه اعتبارا للظاهر وكذا اذا اقر بالرق لاحد وبرهن عليه احد قبل برهانه وهو يسلمها المدعي اليه بامر القاضي لانه مال ضائع والقاضي ولاية صرفه مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق له ولا يبيع ويؤجر الملتقط بغير امر القاضي لانه سبب الكاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرف في مال الملتقط اعتبارا لانه ولاية التصرف لغير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل الشفقة الوافرة الموجودة في احد منهما قال ويجوز ان يقبض هبة لانه نفع محض هذا اذا كان الصغير بنفسه اذا كان عاقلا يملكه الام ووصيها قال في بسيط صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ ماله قال الناطفي هذا رواية الفقدوري وفي مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز لاجيره ذكره في الكراهية هو الصحيح لانه يجري التثقيف وحفظ المال كما مر قلت ملاقاة الام بملاقاة الكل لانها تملكه كما مر ذكره في الكراهية انشاء الله تعالى

قوله والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد يعني اذا ادعياه وهما خارجان لما قدمنا انه اذا كان الملتقط ذميا وادعاه مسلم خارج رجح عليه وكذا اذا ادعى الذمي انه ابنه والمسلم انه عبده فهو ابن الذمي لانه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم بالاسلام لا كذلك في دعوى رقه الا ان يقيم بينة رقه فيكون رقيقا كما ان الذمي اذا ادعاه ابنا له واقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر انه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لان العبد المحجور لا يد له على نفسه فهو في يده كما في يد المولى وكذا لو اقر بعين في يده الآخر وكذبه المولى لا يصح اقراره كما لو كان في يد المولى ولو كان العبد ماذونا في التجارة فالقول قول العبد لان للماذون يدا على نفسه حتى صح اقراره بما في يده لغير السيد وان كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حرا لان تقييم سيده بينة انه عبده تحول واذا وجد اللقيط مال مشدود عليه او دابة هو مشدود عليها فالكل له بلا خلاف اعتبارا للاظهر اي وضع يده عنه ثم ثبت ملكه في ذلك لبقاء يده مع حرية المحكوم بها وقوله لما ذكرنا يريد قوله اعتبارا للظاهر ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع اي لا حافظ له ومالكه وان كان معه فلا قدرة له على الحفظ فللقاضي ولاية صرف مثله اليه وكذا الغير الواجد بامره والقول قوله في نفقة مثله وقيل له صرفه عليه بغير امر القاضي ايضا لانه للقيط كما حكمنا به والواجد الانفاق وشراء ما لا بد له منه من الطعام والكسوة لانه من الانفاق وشراء ما لا بد له عطف على ولاية من قوله وله ولاية الانفاق اي للواجد ولاية الانفاق وله شراء ما لا بد للقيط منه وبه قال احمد رح ولا يجوز للملتقط ترويج اللقيط والقيط لانعدام سبب ولاية النكاح من القرابة والملك والسلطنة وبذا بلا خلاف ولا تصرف في ماله ببيع ولا شراء شيء ليستحق بالثمن دينا عليه لان الذي اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك اعتبارا بالام فانها لا تجوز لها ذلك مع انها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كما ترجح عند عدم العصبة فعدم ملكه لذلك اولى وبهذا اي عدم تصرف كل من الام والملتقط بالبيع ونحوه لان ولاية التصرف انما هو لتثمير المال وذلك انما يتحقق بالراي الكامل فالشفقة الوافرة الموجودة من كل منهما احدهما لان في الام شفقة كاملة مع قصور في الراي وفي الملتقط راي كامل مع قصور شفقة لعدم القرابة ونظير ما ذكر المصرد هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة اذا بلغت وقد زوجها غير الاب والجد من كتاب النكاح قوله ويجوز ان يقبض اي الملتقط للقيط الهبة والصدقة عليه لانه نفع محض ولذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال القدوري رح وليس له في صناعته لانه من باب التثقيف وحفظ ماله عن الشتات وصناعته عن الفساد ثم قال القدوري رح ولو اجره لانه من التثقيف يعني التقويم وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية قال المصرد وهو الاصح لانه لا يملك اتلاف منافعه فلا يملك تمليكها فاشبه العم بخلاف الام لانها تملك اتلاف منافعه بالاستخدام والاعارة بلا عوض فبالعوض بالاجارة اولى ش ح اذا عاد الملتقط عبدا له بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق الا ببينة كالخارج ولو ادعاه وبنى واقام بينة من اهل الذمة انه ابنه لا عبده لا تقبل لان نسبه ثبت بمجرد دعواه واثر بينته في كونه كافرا ولا يثبت به ملك ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عبدا احدهما يقضي به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم اولى بخطته ولانه يعلم احكام الاسلام بخلاف الكافر واذا بلغ اللقيط فقال انه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبل ان يقضي عليه بما لا يقضي به الا على الاحرار كالحد الكامل ونحوه صح اقراره وصار عبدا لانه غير متهم فيه وان كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا لان فيه ابطال حكم الحاكم ولانه مكذب شرعا في ذلك فهو كما لو كذبه الذي اقر له بالرق ولو كانت اللقيطة امرأة فاقرت بالرق لمن بلغت ان كان

الخارج

كتاب اللقطة

قال اللقطة امانة اذا اشهد بالتقاطها ويردها متى جاء صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا على وجه افضل عند عامة العلماء رحمهم الله اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا يكون متعديا عليه وكذلك اذا اخذها ليحفظها لصاحبها لان تضاد قصدها حجة في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه قال لانه اخذ اخذة لا يأباك وكذلك المالك يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاذن والقول قوله لان الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتعرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعه لتلتقط فدفعوه على واحة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس

بعد الترجيح صح وكانت امة للمقر له فلا يصدق في ابطال الكل لانه الرق لا يبتدأ في النكاح ابتداء ولا يبقاء فليس من ضرورة الحكم برقها استقبال النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم اقر انه عبد لفلان وللمرأة عليه صداق وصدقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين ظهر وجوبه فهو متهم في اقراره بذا وكذا لو استدان دينا او باع الناس او كفل كفالة او وهب او تصدق وسلم او برا او كاتب او اعتق ثم اقر انه عبد لفلان لا يصدق في البطالة شيء من ذلك لانه متهم وتقدم ان ميراثه لبيت المال فحقوقه والارجلا بعد ما ادرك اللقطة وغيره ان كان قبل ان يتأكد ولاؤه لبيت المال بان حي حتى عقله بيت المال فلا يصح لانه ينقل ميراثه عن بيت المال وان كان قبل ذلك جاز لان ولاءه لم يتأكد لبيت المال لان ولاءه لمن اعتق شيئا فصاعدا كالذي اسلم على يدي رجل الحر لان ولاءه لمن شاء لان يحيى عقله بيت المال

كتاب اللقطة

هي فعلة بفتح العين وصفة ما لنه للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز واللعن منه بكسرها للمفعول كضحكة وسخرة الذي يضحك منه وسخر به انما قيل للمال لقطة بالفتح لان طباع النفوس في الغالب تتبادر الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار انه داع الى اخذه بمعنى فيه كأنه الآخذ الا التقاط مجازا والا فحقيقة الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الاصمعي وابن الاعرابي انه بفتح القاف اسم للمال ايضا فمحمول على بيان اللغة يعني يطلق على المال ايضا ثم اختلف في صفته رفيها فنقل عن المتقشفة انه لا يحل له لانه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير اذنه وبعض التابعين وبه قال احمد رحمه الله يحل والترك افضل فان النبي عليه الصلاة والسلام لم ينه عن ذلك ولا انكر على ما فعله بل امر به تعريفها على ما سنذكره واسحق بن راهويه عنه عليه السلام من اصاب لقطة فليشهد ذوا عدل ولا ما فضيلة الترك فلان صاحبها يطلبها في المكان الذي فقد ما فيه ولم يذكر خصوص المكان فاذا ترك ما كل احد فالظاهر ان يجد ها صاحبها لانه يعاوده ان يمر في ذلك المكان مرة اخرى في عمره ولان الظاهر ان سقوطها في اثناء الطرقات التي يمر بها او يجلس في عادة امره وعادة النقهاء على انه البيه وقيده الطحاوي وغيره بما اذا كان يامن على نفسه فان كان لا يامن تركها ولا يجوز ان يفعل يدخانية اليها فان غلب على ظنه ذلك ان لم يأخذها تفنى الخلاصة يفترض الرفع ولو فعلها ثم بدا له ان يضعها في مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره قوله واللقطة امانة اذا اشهد الملتقط ان يأخذها ليحفظها فيردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو افضل وظاهر المبسوط اشتراط عدلين الخ واذا كان كذلك يعني اذا كان اشهد واذا كان امانة بان اشهد لا تكون مضمونة عليها قالوا لكنها تضمن لاضمان عليه وكذا اذا اخذه للمالك في قوله لانه اخذه باذن صاحبه اقتضاء كما بينا في الوديعة اذا قبضها بلا اشهاد واذا قبضها واخذها لنفسه ضمنها بالاجماع وان لم يشهد قال اخذتها للرد للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يضمن وهو القياس وقال الشافعي رحمه الله ومالك رحمه الله واحمد رحمه الله في شرح الاقطع ذكر محمد مع ابي يوسف رحمه الله القول لمن عينه انه اخذها له وهو لان الظاهر شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اختياره الحسبة لا المعصية ولان الاخذ ماذون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فاذا اخذ ان لم يكن الظاهر انه اخذه للمالك فاقل ما في الباب ان يكون مشكوكا في انه اخذه او لنفسه فلا يضمن بالشك ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاذن فلا يصدق لانكاره وقوع الشك فلا يبرأ وما ذكر ابو يوسف رحمه الله من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون المتعرف عاملا لنفسه فان قال كون اخذ المال سببا للضمان اذا لم يكن باذن الشرع فاما باذنه فممنوع واذا لم يثبت ان هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة لعدم ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الامكان على ما ذكرنا انفا من رواية اسحق من اصاب لقطة فليشهد ذوا عدل وهذا الاختلاف

قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال العبد الضعيف عفا الله عنه رواية عن ابي حنيفة رح وقوله اياما معناه على حسب ما يرى الامام وقدره محمد رح في الاصل بالحول عن غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رح لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به فيثبت استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف فيه فوضنا الى راي المبتلى به

فيما اذا امكنه الاشهاد واذا لم يمكنه عند الرفع او خاف ان ان اشهد اخذ ها منه ظالم فتركه لا يضمن بالاجماع والقول قوله مع يمينه يكون في معنى من الاشهاد وكذا قال الكرخي في الاشهاد ان القول من معتمده يشهد ضالة فقبضوه على او عندي ضالة او شيء فمن معتمده الخ فاذا جاء صاحبها فقال هلكت لا يضمن والفرق بين كون اللقطة واحدة او اكثر لانه اي اللقطة تناول المالقط اسم جنس لا يجب ان يتعين ذهبا او فضة خصوصا في هذا الزمان قال الحلواني اذا ادعى ان يكون من التعريف ان الشهود عند الاخذ ايقول اخذتها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف اشهادا وقول المصنف رح يكفيه من الاشهاد ان يقول الخ يقتضي هذا الكلام ان يكون الاشهاد الذي امر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلوة والسلام من اصاب ضالة فليشهد معناه فليعرفها ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند من يجيز للمالك التعريف اي الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل بالم يكن عدلا والا فالتعريف لا يقتصر على ما يحضره العدول وعلى هذا اختلافية ابي يوسف رح فيما اذا لم يعرفها اصلا حتى ادعى ضياعها وادعى انها كانت عنده ليردها هو اخذها لذلك وقولهما ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد اي بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما امر به شرعا في الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه اخذها لنفسه على هذا لا يلزمه الاشهاد اي التعريف وقت الاخذ لانه يمنعه قبل هلاكها ان يعرف به انه اخذها للرد لا لنفسه وحينئذ فما ذكر في ظاهر الرواية من انه اذا اخذها ثم ردها الى مكانها لا يضمن من غير قيد يكونه رد ها في مكانها وبعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد يظهر انه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنده وقيده بعض المشائخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم اعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها او لا والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه سعيا مال غيره لغرض نفسه بمنزلة حفظه بالاخذ قوله فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وفسر المصرة بحسب ما يرى من الايام من غير تفصيل وذلك انه روى عن ابي حنيفة رح ان كانت مائتين فصاعدا عرفها حولا وان كانت اقل من مائتين الى عشر عرفها شهرا وان كانت اقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وفي رواية اخرى قال فيما دون العشرة ان كانت ثلاثة فصاعدا اي الى العشرة يعرفها عشرة ايام وان كانت درهما فصاعدا اي الى ثلاثة يعرفها ثلاثة ايام وان كانت دانقا فصاعدا يعرفها يوما وان كانت دون الدانق فليتصدق به من ساعته ثم يضمن في كف فقير قال شمس الائمة شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا الرواية التي ذكرناها قبلها وهو جيد والظاهر انه انما قدر بذلك التقديرات في القليل لغلبة الظن ان المالك في تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة الظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكره محمد رح في الاصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي رح واحد رح لقوله عليه الصلوة والسلام ما سنذكره وكذا روي عن عمر رض وعلي رض وابن عباس رض وجه ما ذكر المصرة بين قوله عليه الصلوة والسلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وفي الفاظ منها ما رواه البزار عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل ومضمر لا تحل اللقطة اي لا تحل للملتقط تملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط لنفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سال رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة قال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فان جاء صاحبها فادها اليه وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائتي دينار تساوي الف درهم والعشرة فما فوقها في معنى الالف شرعا في تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول الحاقا لها بما فيه الزكوة من المائتين فما فوقها

يقتضي لم التضمين

وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى ذاك فله ان يتصدق به من غير تعريف لانه متى يعرفها في الجامع فان ذلك قريب الى وصول صاحبها وان كانت شيئا يبقى ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف لكنه متى علم مالكه كان له تملكه من المحمول له يصح قال فان جاء صاحبها والاشهد ايضا لانه للحال يستحق وهو واجد الامكان ذلك بالصاعها عند الظفر بصاحبها او الى الموضع هو المتوجه على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها جاء الظفر بصاحبها فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك ثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف البيع الفضولي بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غير بغير اذنه لانه باذن الشرع وهذا لانا في الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله

اصنيا طاء وما دون العشرة ليس في معنى الالف شرعا بوجه ففوضنا التعريف فيها الى رأي المبتلى به والمراد بقوله كانت مائة دينار فما في الصحيحين واللفظ للبخاري عن ابي بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته بها فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلثا فقال احفظ عارها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وهذا يقتضي قصر حديث العام على حالة المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الامر بالتعريف سنة من غير حديث مطلقا عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره قوله وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم والاعتبار بالعام ويفوض الى رأي المبتلى بها ليعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وبه اخذ كره شمس الائمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار فانه يعرف به ان ليس السنة بتقدير لازم بل يدار على غلبة الظن ان صاحبه يتركه بعد المدة اولى وبهذا يختلف باختلاف خطر المال لا ترى ان المال لما كان ذا خطر كبير امره عليه الصلوة والسلام ان يعرفه ثلاث سنين قوله وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده فيتصدق به قال المصنف وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها فيه وفي الجامع يعني الاسواق وابواب المساجد فينادي من ضاع له شيء فليطلبه عندي واعلم ان ظاهر الامر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفا وعادة وان كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة ولكن يجب حمله على المتعارف من انه يفعله وقتا بعد وقت ويكرر ذلك كلا وجد ملتقطه وما ذكرناه من قول الولوالجي مما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة وهو من دفع الضمان عنه فالواجب فان يذكر بامره بعد اخرى قوله وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبه لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة فيجوز الانتفاع بها للواجد فلا تعريف وعنه صلى الله عليه وسلم انه رأى تمرة على الطريق فقال لولا اخشى ان تكون من تمر الصدقة لاكلتها ولا يعلم خلاف فيه بين العلماء ولكن تبقى على ملك مالكها حتى اذا وجدها في يده له اخذها لان الاباحة لا تخرجه عن ملك مالكه وانما كان القاؤها اباحة لا تمليكا لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر شيخ الاسلام انها لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك اخذها لانه لا يصير ملكا له بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد وفي غير موضع تقييد هذا الجواب اعني جواز الانتفاع بها بما اذا كانت متفرقة فان كانت مجتمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه لم يلقها واعرض عنها بل سقطت منه او وضعها ليرفعها وعن ابي يوسف رحمه الله لو جز صوف شاة ميتة كان له ان ينتفع به ولو وجد ميتة شاة في يده كان له ان يأخذه منه ولو وقع جلد ما كان لصاحبها ان يأخذها بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ وفي الخلاصة وان لقط الكمثرى والحطب في الماء لا بأس باخذه قوله فان جاء صاحبها اخذها والا تصدق بها او اكلها ان كان فقيرا او استقرضها باذن الامام ويتملكها ان شاء وان شاء امسكها ابدا حتى يجيء صاحبها واذا خشي الموت يوصي بها كيلا تدخل في الميراث ثم الورثة ايضا يعرفونها ومقتضى انه انهم لو لم يعرفوها حتى ملكت وجاء صاحبها ان يضمنوا لانهم وضعوا ايديهم على لقطة ولم يشهدوا الى لم يعرفوا ويغلب على الظن بذلك ان قصدهم تملكها ويجري فيه خلاف ابي يوسف رحمه الله وسيأتي الخلاف في ذلك في آخر الباب فان جاء صاحبها بعد التصدق فهو بالخيار ثلاث ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه اي باذن المالك وحصول الثواب للانسان يكون بفضل مختار له ولم يوجد ذلك قبل لحوق الاذن والرضا فبالاجازة والرضا يصير كانه فعل بنفسه فضاه بذلك فان قيل كيف تملك الاجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها اجاب بان ذلك فيما تتوقف فيه الملك على الاجازة

قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي رحمهما الله إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة والإباحة لمخافة الضياع وإذا كان معها ما يدفع عن نفسها مما يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقتضي بالكراهة والندب إلى الترك ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة فإن اتفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم وهو صحيح لقصور ولايته عن ذمة المالك وإن ينفق بأمره كان ذلك دينا على صاحبها لأن للقاضي ولاية ومال الغائب نظره له وقد يكون النظر في الإنفاق عليها بين وإذا أمره فقد ذلك إلى الحاكم ينظر فيه فإن كان للبهيمة منفعة أجرها وأنفق عليها من أجرها لأن إبقاء العين على ملك من غير إلزام لدين عليه لكذلك يفعل بالعبد الآبق وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها بقاؤه بمعنى عند تعذر إبقائه بعينه وإن كان الأصلح الإنفاق عليها إذا ذن القاضي وجعل النفقة دينا على مالكها لأنه نصب ناظرا وفي هذا نظر بين الجانبين قالوا وإذا أمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى أنه يباع إن ظهر مالكها فإذا لم يظهر أمر ببيعها لأنه إذا طال الإنفاق يؤدي إلى الإضرار بالمالك وقال زفر رحمه الله لا ينظر في الإنفاق بمدة بل ينظر إلى ما يرى القاضي لأن الأصل عنده أن لا يباع إلا بشرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه بالإنفاق والمأمور به في الإنفاق بينة فلا يدمن البينة لكشف الحال وليست البينة تقام للقضاء وإن قال لا بينة لي أنفق القاضي عليه كنت ضامنا فإنه قلما تخلو عن بينة ولا يدمع هذا إن كان خاصا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها إشارة إلى أنه إذا باع القاضي أو أنفق بأمره كان دينا على المالك وهذه رواية وهو الأصح قال فإن حضر المالك فله أن يأخذ اللقطة إن شاء ويدفع النفقة لأنه في معنى قضاء الدين ولا يسقط عنه شيء من النفقة لأنه لم يسقط عنه شيء من الدين ولا يسقط عنه شيء من الدين لأنه لم يسقط عنه شيء من الدين لأنه لم يسقط عنه شيء من الدين لأنه لم

قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم لا يحل لقطتها الا لمنشد ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف بقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روى انه لا يحل الا لنقاط الا للتعريف والتخصيص بالحل لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغراء ظاهرا

على ملك مالكها بلا الزام دين عليه وكذا يفعل بالعبد الآبق وان لم تكن له نفقة اولم يجد من يستأجره وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها لبقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة فان الثمن يقوم مقام العين او يصل به الى مثله في الجملة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن له في ذلك وجعل النفقة دينا عليه اذ فيه نظر من الجانبين جانب المالك ببقاء عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع قال المشايخ انما يؤمر بالانفاق يومين او ثلاثة على قدر ما يرجى ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يؤمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة للعين معنى بل ربما تذهب العين ويفضل الدين على مالكها والنظر في ذلك اصلا بل ينبغي ان لا ينفذ من القاضي ذلك لو امره للمتيقن بعدم النظر واذا باعها اعطى الملتقط من ثمنها ما انفق في اليومين او الثلاثة لان الثمن بدل صاحبها والنفقة دين عليه يعلم القاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه وللقاضي ان يعينه عليه ولو باعها بغير امر القاضي لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك فان جاء وهي قائمة في يد المشتري فان شاء اجاز البيع وان شاء ابطله واخذها من يده وان جاء وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لان ملك الملتقط من حين اخذها وان كان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة وفي الاصل يعني المبسوط يشترط البينة فانه قال فان كان فصاحبي القاضي واقام بينة انه التقطها امره ان ينفق ويحبسه المصروف لانه يحتمل انه غصبها ولا يؤمر بالنفقة الا في الوديعة وبهذه البينة تكشف الحال اي لينكشف للقاضي انه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج الى خصم لانه ذكر في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها وان قال الملتقط لا بينة لي يقول له انفق عليها ان كنت صادقا وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي ثقات بان يقول امرته بالانفاق او البيع ان كان الامر كما قال وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع اذا شرط القاضي ذلك وهذه رواية وهو الاصح وقيل يرجع بمجرد امره وقد مر في اللقيط واذا حضر المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه بنى بنفقته فصار كانه استفاد الملك منه فاشبه البيع منه او قرب من ذلك رد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا من التشبيه بالمبيع ولا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله ان يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل ولو هلك بعده سقط لانه كالرهن بعد اختيار الحبس كذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين في الكافي اليتيما فيفهم انه المذهب وجعل القدوري هذا قول زفر قال في التقريب قال اصحابنا لو انفق حتى اللقيط بامر القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل ان عين ولا عن عمل منه فيها ولا بتينا ولما ان العين عقد يوجب الضمان وصرح في البناية بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال لو انفق الملتقط على اللقيط بامر الحاكم وحبسها ليأخذ ما انفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وحاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم اعني السقوط لعدم دليل السقوط فان الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها اذا لم يتبنا ولما عقد الرهن والمصروف اوجبا الدليل وهو الالحاق بالرهن وان لم يكن من حقيقته لكن النقل كما رأيت وأما ما نقل عن ابي يوسف رواية انه ليس له حبسها اصلا فلم يثبت قوله لقطة الحل والحرم سواء وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول وفي قول يعرفها ابدا حتى يجيء صاحبها لاحكم لها سوى ذلك من تصدق ولا تملك لقوله عليه الصلاة والسلام فيما ثبت في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه فقام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله واثنى عليه فقال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانما لم تحل لاحد قبلي وانما احلت لي ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدي لا ينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد اليعرف والناشد الطالب

واذا حضر رجل نادى اللقطة تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي يجبر بالعلامة مثل ان يسمي وزنها وعددها وكارها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في البينة لا في انه ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه تحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا لان الاباحة عملا بالشهود وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا لانه كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بالاخلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا

قال المنقب ليس في النبات اسمه عاشه المنشد للناشد ويروى ويصح وهو معناه والفعل من الاول انشد الضالة ينشدها انشادا اذا عرفها ومن الثاني انشدتها انشدها وانشد انا بكسر النون اذا طلبتها ولنا اطلاق قوله عليه الصلوة والسلام في حديث زيد بن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال عفاصها اي وعائها من جلدة او خرقة ونحوها ووكاءها اي رباطها الذي شدت به وعرفها سنة وتقدم فاما ان نقضي العام على الخاص وما ان يتعارضا فيحمل كل على محل وهذا اولى لكن لا تعارض لان معناه لا يحل الالتقاط الا لمن يعرف ولا يحل لنفسه تخصيص مكة حينئذ لرفع وهم سقوط التعريف بها بسبب ان الظاهر ان ما وجد بها من لقطة والظاهر انه للغرباء وقد تعرفوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر اياسة فين على الصلوة والسلام انها كغيرها من البلاد في وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم انه عليه الصلوة والسلام نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجدها صاحبها والاعمل على هذا في هذا الزمان لفشو السرقة بمكة من حوالي الكعبة فضلا عن المتروك والاحكام اذا علم شرعيتها تعبدا بشرط ثم علم ثبوت ضده وتضمنا مفسده تقدير شرعيته معه علم انقطاعها بخلاف العلم بشرعيتها بسبب اذا علم انتفاؤه والا مفسدة في البقاء فانه لا يلزم ذلك كالرمل والاضطباع في الطواف لاظهار

الجلادة فقوله فاذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي واحمد يجبر اذا اعطاه علامتها ان يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ويصف في ذلك وجها وقول الشافعي احد قوليه والموجب للدفع مالك واحمد واحتجوا بقوله عليه الصلوة والسلام فيما رواه مسلم في حديث ابي بن كعب فيها ان جاء ان يخبر بعددها ووكائها ووعائها فادفعها اليه وبما روى خالد الجهني قال فان جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فادفعها اليه وازيد في الكلام واصف ان صاحب اليد دون الملتقط انا ينازعه في اليد لا في الملك لانه لا يدعيه فكانت منازعته من وجه دون وجه فيشترط ما هو به من الوصف ما يميز في الوصف المطابق ذلك فاكتفى به ولا يشترط البينة لعدم منازعته في الوجهين جميعا واما ان اليد حق مقصود كالملك حتى ان غاصب المبيع من قبل البائع لو غصب من المشتري لم يبرأ البائع عن ضمان المبيع ما لم يقبضه المشتري فظاهر لان الامر فيه للاباحة بما بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وياتي ان شاء الله تعالى في الدعوى والمدعي ههنا صاحب اللقطة فعليه البينة ثم اذا اقر بها بالعلامة فقد يأخذه كفيلا سيقناه قال المصنف واذا قسمت التركة بين الغرماء والورثة لا يأخذ من الغريم ولا من الوارث كفيلا عنده وعندهما يأخذ والفرق لابي حنيفة ان حق الغرماء ثابت فيمكن ان يكون المالك غيره فيتوارى الآخذ فيحتاط بالتكفيل بخلاف الميراث فان حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره ايضا له حق امر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت الى زمان تحصيل الكفيل لحق موهوم وهذا يدل على ان دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلا وهو الصحيح وذكر في جامع قاضيخان ان فيه روايتين والصحيح انه لا يأخذ واورد على المصنف انه نفى الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء في المواريث فيه اي في اخذ الكفيل عند دفع اللقطة روايتان وذا الاصح انه على الخلاف على قول ابي حنيفة تردد لا يأخذ على قولهما يأخذ هذا اذا دفعه بمجرد العلامة فان سماه مع العلامة او لا سماها فلا شك في جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما لو اقام بينة وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه المودع لا يجبره القاضي على دفعها اليه ودفع بالفرق بان المالك بينا غير ظاهر اي المالك لا خذ هذه اللقطة التي صدق اللقطة مدعيها غير ظاهر والمودع في مسئلة الوديعة مالك ظاهر وانما اقر للحاضر بحق قبضها واقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه اقباضه لانه اقرار على ملك غيره واذا دفع بالتصديق او بالعلامة وجاء آخر واقام البينة انها له ان كانت قائمة في يد المدعي تقضى له بها وهو ظاهر وان كان تالفا خير بين ان يضمن القابض اي الملتقط فان ضمن القابض

ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان اديت يعني صاحبها فليتصدق به الصدقة لا يكون على غني ناسب السنة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي بن كعب وان جاء صاحبها فادفعها اليه ولانا نتفع بها وكان من اباحة الالتقاط للفقير حمل له على رفع ضياعه لها والغني يشاركه فيه لان انه مال الغير لا يباح الانتفاع به الا برضاه الا لحاجة المضطر فيأكل دينا او الاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد ينوي لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي ذر كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا جاز ان ينتفع بها لما قدمنا من تحقق النظر من الجانبين لهذا اجاز الدفع الى غير ابيه وولده فكذا اذا كان الفقير ابا او ابنه او زوجته ان كان هو غنيا لما ذكرنا والله اعلم

الا برجع على احد وان ضمن الملتقط في رواية لا يرجع على القابض وهو قول الامام احمد فيما اذا كان الدفع بقصد لقيه وفي رواية يرجع وهو الصحيح وجه قول احمد ان الملتقط اعترف انه اكلها وصاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا نظلمه هو وصار كالمودع اذا صدق الوكيل بالقبض ودفع اليه ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه ان الوكيل قبضه بامره والمودع ظالم في تضمينه ولنا انه وان صدق في الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعي بالبينة فقد صار كمن باشر عاتكا بيع لما قضى قبل اقراره وصار كانه دفع بالتصديق ثم ظهر الامر بخلافه وصار كاقرار المشتري بالملك للبائع اذا استحقه غيره بالبينة فقضى له برجع على البائع وشتان هذا بين في اقراره بانه وكيل المودع والذي فرق بني المبسوط ان في زعم المودع ان الوكيل حامل لغيره وهو المودع في قبضه لامره وليس ايضا من بل المودع ظالمه في تضمينه اياه ومن ظلم لا يظلم غيره وهنا في زعمه ان القابض عامل لغيره وانه مضمن اذا ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن انتهى

قوله ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو الصدقة لقوله عليه الصلاة والسلام فان لم يات يعني صاحبها فليتصدق وهو الصدقة لا يكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة والحديث الذي ذكره هو ما رواه البزار في مسنده والدارقطني عن يوسف بن خالد السمتي ثنا زياد بن سعد عن السمتي عن ابي صالح عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فان جاء صاحبه فليؤده اليه وان لم يات فليتصدق به فان جاء فليخير بين الاجر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السمتي وليس للملتقط اذا كان غنيا ان يتملكها بطريق القرض لا باذن الامام وان كان فقيرا فله ان يصرفها الى نفسه قرضا لا فرض فيكون فيه للمالك اجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك لحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ولهذا اجاز دفعها الى فقير غير الملتقط اذا كان ابا الملتقط او ابنه او زوجته وان كان الملتقط غنيا لما ذكرنا من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له ان تملكها وان كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر الى اذن الامام لقوله عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء فان جاء وابى كان من له ما سير سبيل ماله في بعض روايات انه عليه الصلاة والسلام قال الا فهي كسبيل مالك فقد جعل له ان تملكه ولنا ما روينا من الخطاب لابي فانها هي في مسلم عن ابي بن كعب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها سنة فان جاء احد والا فهي كسبيل مالك فظاهر هذا انه يحكي قوله للسائل ليسأله ويجاز كون ذلك كان فقيرا وهنا ما يدل على فقره انه في ضمنه عليه الصلاة والسلام وهو ما في الصحيحين عن ابي طلحة قلت يا رسول الله ان الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان احب اموالي الى بيرحاء فانها صدقة فقال اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها ابو طلحة في ابي وحسان وهذا صريح في ان ابيا كان فقيرا لكنه يحتمل انه ايسر بعد ذلك الا ان قضايا الاحوال اذا تطرق اليها الاحتمال يسقط بها الاستدلال واما ما في حديث زيد بن خالد جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف الى ان قال والا فشأنك بها وفي رواية فهي لك فهو ايضا من قضايا الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم ان الخطاب لابي لم يخرج عن قضايا الاحوال اذ المال لا يلزم كونه لقطا بوكونه خاليا عن الدين ولو كان لقطا فجاز كونه اقل من النصاب وكونه مدينا فانه لو كانت اللقطة لا تحل للملتقط الا بطريق الصدقة فينبغي اذا كان غنيا لما اكلها على رغم وهو لا تحل له الصدقة وقد امره عليه الصلاة والسلام باكلها فيما اخرج ابو داود وعن سهيل بن سعد ان علي بن ابي طالب دخل على فاطمة والحسن والحسين يبكيان فقال ما يبكيهما فقالت الجوع فخرج فخرج على صرفوجد دينارا في السوق فجاء فاخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي انت ختن هذا الرجل الذي يزعم انه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم قال فخذ دينارك والدقيق لك فخرج على فاخبر فاطمة فقالت اذهب الى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحما فذهب فوزن الدينار بدرهم لحم فطبخت وخبزت وارسلت الى ابيها فجاء فقالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر لك فان رأيتا حلالا لنا اكلناه من شأنه

كتاب الابائق

الآبق اخذه افضل فى حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يديم مكانه فيجد المالك ولكن ذلك الآبق فر آخذ الآبق يأتى به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال

وهكذا كذا فقال كلوا بسم الله فاكلوا افيناهم كانهم اذا علام يشد الله تعالى والاسلام الدينار فامر النبى صلى الله عليه وسلم به فدحا فاكله فقال سقط منى فى السوق فقال عليه الصلوة والسلام يا على اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسل الى الدينار وورهنك على فارسل به فدفعه عليه الصلوة والسلام الى الغلام قلنا هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه اتفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه وقول المنذرى لعل تاويله ان قائل التعريف ليس له صفة يعتمد بها فراجعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ملا من الحق اعلان به وهذا يؤيد الاكتفاء بالتعريف بمرة غير ظاهر فانه لم يذكر له ذلك الا بعد ان تتردد واخبروا واحضروه صلى الله عليه وسلم على الاكل نعم يجب الحكم بان عليا عرفه قبل ان يأتى به الى فاطمة وان لم يذكر وقد رواه عبد الرزاق واسحق بن راهويه والبزار وابو يعلى الموصلى وفيه انه اتى به النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة ايام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فاخبر النبى صلى الله عليه وسلم فقال شانك فيه وفيه دليل المختار شمس الائمة من ان التقدير بحول غير لازم بل الى ان يكون نفسه الى ان طالبه قطع نظره عنه وفى سند ابى بكر بن عبد الله قال البزار على الظن هو عندى ابو بكر بن عبد الله بن ابى سبرة وهو لين الحديث قال ابن عبد البر الحق ان الحديث ضعيف من جهة الاضطراب لان فى الرواية الاولى من انهم انما اعلموه بعد ما اشتروا وصار متى لا كل نياقص فى الثانية من انه اعلمه قبل امره بتعريفه ثم امره باخذه وفى الاول انه دفع عينه للمنشد وفى الثانية انه جعله دينا عليه وقال اذا جاءنا اديناه اليك وغير ذلك الاضطراب موجب للضعف ثم لو سلما صحيفة فكان الثابت به انه استقرضه باذن الامام جائز وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز اقراض اللقطة الغنى فلما سلمنا ضعف حديث ابى هريرة فى الصدقة بناء على تضعيف السمنى كما جاز التصدق بالاجماع ثم هو يثبت ان للملتقط ان يحكم اخر ونحن نطالبه فى اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء *

كتاب الابائق

كل من الاباق واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا ان التعرض له بالفعل فاضل مختار فى الاباق فكان الانسب تعقيب لها به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفى اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب والاباق فى اللغة الهرب ابق يابق كضرب يضرب والهرب لا تحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصدا نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك وكان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه بجهله بالطريق اليه **قوله** الابق اخذه افضل من تركه فى حق من يقوى عليه اى يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم فى هذا خلاف ويمكن ان يجرى فيه التفصيل فى اللقطة بين ان يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب اخذه اولا فلا واختلف فى اخذ الضال قيل اخذه افضل لما فيه من احياء النفس والتعاون على البر وقيل تركه لانه لا يبرح مكانه منتظر المولاه حتى يجده ولا يخفى ان انتظاره فى مكان غير متسع جدا عنه ليس بواقع بل يجد الضلال يدورون متحيرين ثم لا شك فى ان محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واحد الضال مولاه ولا مكانه اما اذا علمه فلا ينبغى ان يختلف فى فضيلة رده واخذه **قوله** ثم اخذ الابق يأتى به السلطان او القاضى فيحبسه لسؤاله عن الاباق لانه لا يستطيع حفظه عن اباقه من الاخذ الا بذلك عاوده بخلاف اللقطة اما لو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج الى السلطان وبهذا الاعتبار خير الحلوانى بين ان يأتى به السلطان او يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا اقر الابق فجاء رجل واقام بينة انه عبده يستحلفه بالله انه باق الى الآن فى ملكه لم يخرج ببيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا الاستحلاف

(ان الاقرار حجة)

قال ومن رد آبقا على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شئ الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال لنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا على وجوب هذا الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله جامل على الرواحل الحسيبة نادرة فتحمل صيانة اموال الناس التقدير بالاسم لا سيما في الضال فاستخف ولا حاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي

انه عرض بعد علم الشهود وثبوت ملكه على وجه زواله بالسبب لا يعلمونه وانما يستحلفه مع عدم خصم يدعي الصيانة فقضاؤه عن الخطار ونظر المن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتري وموهوب له ثم اذا دفعه اليه عن بينة ففي اولوية اخذ الكفيل وتركه روايتان فلو ادعى دفعه بالبينة يدفعه باقرار العبد انه اباق يأخذ من المدفوع اليه هنا كفيلا رواية واحدة ويتفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيردونه في بيت المال بخلاف اللقيط لا يؤخذ اذا كبر مال بيت المال لانه كان يستحق النفقة وعجزه عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدة يأمر القاضي ويبيعه ويمسك ثمنه لبعد اخذه ما انفق لبيت المال منه فان جاء مالكه واقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينتقض بيع القاضي لانه كحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يواجره وينفق عليه من اجرته لانه لا يختفي اما لفظ الابق فيختفي ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يواجره وينبغي ان يقدر الطول بثلاثة ايام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان دارة النفقة متصلة ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر قوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما فقيد بمسيرة ثلاثة ايام لان مسيرة سفر قدرناه بمسيرة ثلاثة ايام ولياليها بالسير الوسط وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط بان يقول من رد عبدي فلك كذا كما اذا رد بعيده وجه القياس ان الرد تبرع بمنافعه في رده ولو تبرع بعين من اعيان ماله لا يستوجب شيئا فكذا هذا وقولنا قول مالك واحد في رواية فالاعم في وجه الاستحسان وكنا اجماع الصحابة على اصل الجعل الا ان منهم من اوجب الاربعين ومنهم من اوجب دونها وذلك انه اذا ظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره احد وذلك ان محمد رفع رده عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت عند ابن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم بإباق من القوم فقال القوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء من كل رأس اربعين وروى ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه ايضا وروى عبد الرزاق في مصنفه قال اخبرنا سفيان الثوري عن ابي رباح عبد الله بن ابي رباح عن ابي عمرو الشيباني قال اصبت غلمانا اباقا بالعين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت هذا الاجر فما الغنيمة قال اربعون درهما من كل رأس وروى ابن ابي شيبة ثنا محمد بن يزيد عن ايوب عن ابن العلاء عن قتادة وابي هاشم عن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الابق باربعين درهما وروى ايضا عن وكيع ثنا سفيان عن ابي اسحق قال اعطيت الجعل في زمن معاوية اربعين درهما وروى ايضا ثنا يزيد بن هارون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر جعل في جعل الابق دينارا او اثني عشر درهما وروى ايضا عن يزيد بن هارون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي انه جعل في جعل الابق دينارا او اثني عشر درهما واخرج هو وعبد الرزاق عن عمر بن دينار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عبد الابق يوجد في خارج الحرم بدينار او عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القريب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا روى عن عمار ان اخذه في المصر فله عشرة وان اخذه خارج المصر فله اربعون لعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد وقول المصر الان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب دونها يريد الرواية عن عمر وعلي وقد علمت الرواية عن عمر ايضا ان الجعل اربعون وسنده احسن من الاخرى والرواية عن علي ضعيفة بالحارث المذكور فكانت رواية ابن مسعود انوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو امثل ما في الباب وانما يؤخذ بالاقل اذا ساوى الاكثر في القوة وقيل انما يؤخذ به اذا لم يمكن التوفيق بين الاقاويل وهنا يمكن اذ يحمل روايات الاربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الاقل على ما دونها ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر والتلفيق المعلم لفقت الثوب الفقه اذا ضممت شقه الى شقه ولان نصب المقادير

وتقدير الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راي القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضي له بقيمته لاحدهما قال رحمه الله وقول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانحطاط منه وتحمله ان المقصود حمل الغير على الرد ويحصل بالقليل كما بالكثير ولا يقصد به الاستيفاء فيتقدر بما يليق بحال المولى فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة واما ام الولد والمدبر ففي هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا يجعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان المراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتأتى لهم اطلاق الكتاب

لا يعرف الا سماعا فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع واصحهما حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مشتهرا لزيادة زيادة الصدق مستبولة راجح ولا يخفى ما في هذا الدليل من ايجاب اصل الجعل حاصل على الرد اذ الحبة وهو رده احتسابا عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب فاورث شرعه للمصلحة الراجحة الى العباد من صيانة اموالهم عليهم وتقدير الجعل انما يدري بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع الحاقه به قياسا والدلالة ايضا لان الحاجة الى صيانة الضال في رده دونها في رد الابق لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كيلا يابق ثانيا مما ليس في رد الضال منه شيء ولو كان الابق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصيب فلو كان البعض غائبا فليس للحاضرين ان يأخذوه حتى يعطيا تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا به هذا كله اذا رده بلا استعانة فلو ان رجلا قال لآخر ان عبدي قد ابق فاذا وجدته فخذه فوجده فرد ليس له شيء لان مالكه استعان به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيئا وقوله ما دونه اي اوجبنا ما دون الاربعين فيما دون السفر كان ذلك لانا لما عرفنا ايجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدارا وذلك هو الواجب فاذا حملنا بعضه على ما دون السفر صح كان ذلك حكما بالايجاب فيما دون السفر لانه ما ذكر ذلك الا على انه واجب قوله وبقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما اي المالك والراد اي يفوض الى راي القاضي بقدره على حسب ما يراه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض المشايخ يقسم الاربعون على الايام الثلاثة لكل يوم ثلاثة عشر وثلث قوله وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضي له بقيمته الا درهما قال المصنف وهذا قول محمد وهو قول ابي يوسف رح الاول وقال ابو يوسف رح آخرا له اربعون وان كانت قيمته درهما واحدا ولم يذكر قول ابي حنيفة رح في عامة كتب الفقه وذكر في شرح الطحاوي مع محمد رح وجه قول ابي يوسف رح ان التقدير بها ثبت بالنص اي قول ابن مسعود وعمر رض ووجب ابتاعهما والمراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفته من سواهما لوجوب حمل قول من نقص منهما على ما نقص من السفر فلا ينقص عنها ولهذا ان المقصود من ايجاب الجعل حمل الغير على الرد ليصير الى المالك فيتنقص منه درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة اذ في ايجاب الجعل فيتعين الدرهم لان ما دونه كسور دائم الولد والمدبر في هذه بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ويحيى ماليته له اما باعتبار الرقبة كما في المدبر او باعتبار الكسب كما في ام الولد لانه عنده لانها لا مالية فيها عنده لكنه احق باكسابها ولو رده بعد مماته لا جعل له فيهما لانهما يعتقان بالموت فيقع رد حر لا مملوك على مالكه وهذا في ام الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان يخرج من الثلث لانه يعتق بالموت اتفاقا وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير كالمكاتب لانه يسعى في قيمته فيعتق ولا جعل في رد المكاتب لان المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفاد بدل الكتابة فكان كغير المولى بخلاف القن قوله ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل له وقيد في عياله ان رجع الى الرد او الى الابن اقتضى ان تقييد نفي الجعل اذا كان الراد ابنا بكونه في عيال المالك اي في نفقته ومؤنته وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلا سواء كان في عيال ابيه المالك او لا على الحال ان الراد ان كان ولد المالك او احد الزوجين على الآخر او الوصي لا يستحق جعلا مطلقا اما الولد فلان الراد كالبايع من المالك من وجه وباعتباره يجب وكالاجير من وجه لانه من باب الخدمة والاب اذا استأجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه اجرة لان خدمته واجبة على الابن فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك وهذا التقييد عدم الوجوب وان لم يكن في عياله فبطريق الاولى

قال ان باق من الذي دفع اليه عليه لانه امانة في يده لكن عن الاشهاد فيما ذكرناه لانقطاعه قال ر وذكر بعض المشايخ انه لا يشترط الاشهاد له وهو صحيح ايضا لانه في صحة الباق من الملك وهنا كان ان يجعل الآبق بعد ليستوفي الثمن لكن اذا مات ولا اثر عليه فالثمن ساقط عنه قال واعتقه المولى كما لقبضه صار قابضا بالاعتاق تمامه في الهداية ثم كذا اذا باعه من اراد سلامة البدل والا رد ان كان بحكم البيع لكنه بيع من وجه حال تحت النهي الوارد عن بيع طائر قبل قبضه فاذا قال بعد ان اخذه ان يجعله ياخذ ليرده فلا شيء اي حتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لوقوعه من ليس بموقوت الاخذ لا يجعل عندهما لان ترك الاشهاد بمنزلة الاشهاد بالاداء اخذ لنفسه وصار كما اذا اشتراه من آخر او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا يجعل كأنه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل هو متبرع اداء الثمن فان كان لابق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احياء ماليته بالرد وهي حقهم اذا الاستيفاء منهما والجعل مقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حق الراهن وبعد سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا كله عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانت اكثر فعلى الراهن لان حقه بالقن المعين وان كانت اقل فعلى المرتهن لان حقه بالقيمة والفداء

واما احد الزوجين فان كان زوجا فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لان العادة ان يطلب الزوج عبد امرأته تبرعا في العرف لانه ينتفع به والثابت عرفا كالثابت لغة وان كان زوجه فلا يجب لهذا ولان الرد بجهة الخدمة بمنعها منه لانها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولذا لو استأجره للتخدمه لا يجب لها شيء واما الوصي فانما لا تستحق الجعل برد عبد اليتيم لانه من الحفظ وشان الوصي ان يحفظ مال اليتيم وان كان غيرهم من الاب وباقي الاقارب فان كانوا في عيال المالك لا يجب لهم وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف ان الانسان انما يطلب الابق لمن في عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت لغة بخلاف ما اذا لم يكونوا في عياله لان التبرع ح لم يوجد لغة ولا عرفا **قوله** وان ابق من الذي يرده فلا شيء عليه اي لا ضمان على الراد وفي بعض نسخ القدوري لا شيء للراد وكل منهما صحيح وكذا اذا مات عنده الا ان نفي الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك لانه باقه كالمالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به بالرد كانه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبائع اذا هلك في يده او ابق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان يشترط لان يكون اشهد على قول ابي حنيفة رح ومحمد لانه ح صار امانة عنده كما في اللقطة وقال ابو يوسف رح لا ضمان عليه اشهد او لم يشهد اذا قال اخذته لارده والقول قوله في جميع ذلك مع يمينه اذا علم انه كان ابقا فلو انكر المولى اباقه فالقول له لان سبب الضمان وهو اخذ مال الغير لغير اذنه ظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باباقه والمالك منكر وكذا لا يجب الجعل اذا اجاره وانكر المولى اباقه الا ان يشهد شهود انه ابق من مولاه او يشهد واعلى اقرار المولى باباقه **قوله** ولو اعتقه المولى كما لقبضه اي رآه قبل قبضه يصير بالاعتاق قابضا فيجب الجعل كما في العبد المشتري اذا اعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن وكذا اذا باعه المولى من الراد قبل قبضه يصير به قابضا لسلامة بدله وهو الثمن له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فينبغي للمالك من الراد قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز اجاب بقوله لكنه بيع من وجه لا من كل وجه فلا يدخل تحت النهي المطلق عن بيع ما لم يقبض فجاز واورد ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في المحرمات اجاب بان هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها وبهذا لانه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لانه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة **قوله** وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده قال المصنف لا اشهاد وتم فيه اي في اخذ الابق عليه اي على الاخذ على قول ابي حنيفة رح ومحمد تفسير حتم بانه واجب تساهل والا يلزم تركه استحقاق العقاب ويقطع بانه اذا اخذه ليقصد الرد على المالك واتفق انه لم يشهد لا اثم عليه واذا لا اشهاد شرط عندهما خلافا لابي يوسف لتستحق الجعل يسقط الضمان ان مات عنده او ابق لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه او اتهبه منه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه فانه بالشراء او الاتهاب قاصدا التملك ظاهرا فيكون عاصيا في حق سيده فرده لاسقاط الضمان عن نفسه وبهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا لو اوصى له به او ورثه في كل ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه فاذا رده لا جعل له لانه رده لنفسه لانه ليسقط الضمان عن نفسه الا ان يشهد عند الشراء او من الاخذ انه انما اشتراه او اخذه ليرده على مالكه لانه لا يقدر على رده الا بشرائه فح له الجعل ولا يرجع على السيد بشيء من الثمن لانه متبرع به كما لو انفق عليه بغير اذن القاضي **قوله** وان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن لان بالرد حييت ماليته وماليته حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية الا ترى ان بالاباق يسقط دين المرتهن بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فان الدين يعود به والرد

وان كان رقيقا فحق المولى ان اختار قضاء الدين من ثمن رقبته يباع بالجعل الباقي للغرماء لانه مؤونة الملك والملك فيه كان للموقوف فيجب على من يستقر له ان كان جانيا فحق المولى ان اختار الفداء دفع الجاني لصاحب المنفعة اليه دفعا الا ان يختار ان يفتكه بالارش فيكون له وان كان مرهونا فحق المرهون له دون الراهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للراهب ما حصلت بالرد بل بترك المرهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه دون رقبته ولا وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة قضاء كما يصير المجنون في نصب القاضي وقد يستوفي حقه لا خفاء انه يقبض حقوق الذين اقر له عزيم من عن ماله لانه من باب الحفظ ومخاصمهم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوق عقده ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود لانه في نصب له في عقار او عرض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه فاشبه الوكيل بالقبض من جهة القاضي فلا يخلف فيه الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتقيد حكمه بما قضاء على الغائب فلا يكون الا عن خصومة فيه لانه متى حضر كان على خصومة القاضي وبينة القاضي لانه يقبل على الغائب حقه ويقبض له ويقضي عليه فيتظر له عند المعنى ولا يبيع ماله الا بما لا بد منه لان الحفظ والنظر لا يكونان الا بذلك ولا يهب شيئا من ماله ولا يعتق عبدا ولا يكاتبه ولا يدبره ولا يطأ جارية لانه لا ولاية له على الغائب الا لحفظ ماله فلا يملك ما ليس من باب الحفظ والنظر ولا يزوج عبدا ولا امة لانه ليس من باب الحفظ ولا يقرض من ماله شيئا لانه ليس من باب الحفظ ولا يشتري له عقارا ولا عرضا ولا حيوانا لانه ليس من باب الحفظ ولا يبيع عقارا ولا عرضا ولا حيوانا الا ان يرى ان غلته لا تفي بنفقته او يخاف خرابه او يرى ان ثمنه اكثر من قيمته او يكون له غريم يلح عليه في طلب دينه ولا يجد له مالا غير ذلك فحينئذ يبيع ما يباع على الوجه الذي يباع على مال الغائب ويقضي دينه لان له ولاية البيع في هذه الوجوه لان فيه حفظ المال وهو من باب الحفظ ولا يبيع ما سوى ذلك لانه ليس من باب الحفظ ولا يؤاجر داره ولا ارضه ولا يزارعها ولا يساقي عليها ولا يعمرها ولا يهدم منها شيئا ولا يبني فيها ولا يغرس فيها ولا يؤاجر عبده ولا دابته ولا يعيرها ولا يودعها ولا يرهنها ولا يرتهن لان هذه الاشياء ليست من باب الحفظ ولا يدفع ماله مضاربة ولا يشارك به شركة عنان ولا يخلط ماله بمال نفسه ولا يدفع ماله بضاعة ولا يشتري بضاعة ولا يبيعها ولا يسافر بها ولا يدفع ماله في سفينة ولا يحمله على دابة ولا يسافر به لان هذه الاشياء ليست من باب الحفظ ولا يقرض من ماله شيئا لان القرض ليس من باب الحفظ ولا يشتري له عقارا ولا عرضا ولا حيوانا لانه ليس من باب الحفظ ولا يشتري له شيئا بدين لان الشراء بالدين ليس من باب الحفظ ولا يبيع شيئا من ماله بدين لان البيع بالدين ليس من باب الحفظ ولا يبيع شيئا من ماله بعرض لان البيع بالعرض ليس من باب الحفظ ولا يبيع شيئا من ماله بأقل من قيمته لان البيع بالنقصان ليس من باب الحفظ ولا يبيع شيئا من ماله بغبن فاحش لان البيع بالغبن الفاحش ليس من باب الحفظ ولا يبيع شيئا من ماله بغير نقد البلد لان البيع بغير نقد البلد ليس من باب الحفظ ولا يبيع شيئا من ماله بنسيئة لان البيع بالنسيئة ليس من باب الحفظ ولا يبيع شيئا من ماله بغير بينة لان البيع بغير بينة ليس من باب الحفظ ولا يبيع شيئا من ماله بغير محضر من القاضي لان البيع بغير محضر من القاضي ليس من باب الحفظ ولا يبيع شيئا من ماله بغير امر القاضي لان البيع بغير امر

فمن اول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والجد والخال والخالة وولد من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فانما يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب هذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين فاوجه الاقرار وان كان احدهما ظاهرا دون الآخر فالبينة على الظاهر منهما

الذي تولاه المفقود والى نصيب له في عقار او عروض في يد رجل والى حق من الحقوق اذا وجد من هو عنده او عليه لانه ليس بمالك فلا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بقبض الدين من جهة المالك عند ابي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك واذا كان كذلك يعني اذا كان وكيل القاضي لا يملك الخصومة ولو قضى القاضي بخصومته كان قضاء على الغايب والاوجه ان القبول للغايب والقضاء عليه فيما ادعى انسان على المفقود دينا او وديعة او شركة في عقار او رقيق او ريد العبيد او مطالبة باستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لانهما انما يسمعان على خصم وهذا الوكيل ليس خصما والورثة انما يصيرون خصما بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغايب وهو لا يجوز الا اذا رآه القاضي اي راى القاضي المصلحة في الحكم للغائب وعليه فحكم فانه نافذ لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغي ان لا ينفذ حتى يمضيه قاض اخر لان نفس القضاء مجتهد فيه كما لو كان القاضي محدودا في قذف فان نفاذ قضايه موقوف على ان يمضيه قاض اخر اجيب بمنع انه من ذلك بل المجتهد سببه وهو ما هذه البينة بل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر اولا فاذا قضى بها نفذ كما قضى بشهادة المحدود في قذف وفي الخلاصة الفتوى على هذا ثم ما كان يخاف عليه الفساد كالثمار ونحو ما يبيعها القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فيحفظ للغايب بحفظ معناه ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولا كان او عقارا الى النفقة ولا خير بالان القاضي لا ولاية له على الغايب الا في الحفظ وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا لجي فلا يجوز فان لم يكن له مال الا عروض او عقار او خادم واحتاج ولده او زوجته الى النفقة لا يباع بخلاف الوصي فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغايب لان ولاية ثابتة فيما يرجع الى حق الموصي وبيع العروض فيه معنى حقير ورب ما يكون حفظ الثمن للايصال الى ورثة الميت وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود الا في الحفظ وفي المبسوط وقال ابو حنيفة رح ان كان لاب محتاج فله ان يبيع شيا من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان وفي القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذكر الكرخي ان محمدا ذكر قول ابي حنيفة رح في الاملاء وقال هو حسن ووجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقي اثرها حتى صح استيلاده جاريته ابنه مع ان الحاجة الى ذلك ليس من اصول الجوايح فاذا ثبت بقاء اثر ولايته كان كالوصي في حق الوارث الكبير والوصي بيع العروض دون العقار وينفق على زوجته واولاده من ماله يعني الحاصل في يديه والواصل من ثمن ما يباع اليه الفساد ومن مال موضوع عند مفرد دين على مقر قال المصر وليس هذا متعينا على الاولاد فلت ولا هو على الطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد يعني من الاب والجد وان علا والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من العند غيبته لان لهم ان ياخذوا حاجتهم بيدهم من ماله اذا كان جنس حقهم من النقد والثياب للبس فكان اعطاء القاضي ان كان المال عنده او كفيلهم ان كان عندهم اعانة للقاضي على الغايب فانهم كانوا اولى بقسمه كل من لا يستحق في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله من الا ولى يعني لمستحق بلا قضاء الاولاد الصغار والاناث الكبار اذا لم يكن له مال كذا الاب والجد والزمنى من الذكور الكبار فمحل من له مال لا يستحق النفقة عليه في حال حضوره فضلا عن غيبته الا الزوجة فانها تستحق وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد الاحتباس لاستحقاق غير بالحاجة وهي تعدم بالغنى ومن الثاني يعني من لا يستحق الا بالقضاء الاخ والاخت والخال والخالة ونحوهم من ليس بولد ولا والد ولا زوجة اي فمحل الصدر من له يعني لهم الدنانير للقيم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن في ماله عين المطعوم والملبوس يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقد والتبر غير المضروب كذلك لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كان الدراهم والدنانير والتبر في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع مقرا بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقرا بالدين والنكاح والنسب وهذا معنى اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين معترفين لم تحتج الى اقرارهما بهما ولو كان الظاهر عنده احدهما الوديعة والدين او النكاح والنسب جعل كل اثنين واحدا

فان دفع الموضع بنفسه او من عينه الذين بغير امر القاضي يضمن الموضع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب حق ولا الى نائبه فجاز فان دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان الموضع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب ليس بينهما حق من مستحق النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع سنين فرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد ما مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اختلف القول فيهما الاربع سنين او اربع سنين من العنة عملا بالنص لنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه تتربص امرأته حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح معروف بتؤدة الغيبة لاحتمال الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه قول عذر ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا مجددا فاعتبر الشرع موجبه كما لا يجب النفقة ولا بالعنة لان الغيبة تغلب العنة ولما تخلل احد استمرارها سنة

يشترط اقرار من في جبته المال بالاخر الذي ليس ظاهرا فيقر في الاول عند القاضي بان هذه زوجته وهذا ولده وفي الثاني بان له وديعة او على دينه وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس الذي قال به زفر لان هذا اختلاف الزوجتين قال لا تنفق من الوديعة شيأ عليهم لان اقرار الموضع بذلك ليس بحجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب لا يقضي على الغائب بالخصم ومثل هذا في الدين ايضا قلنا الموضع مقر بان مافي يده ملك الغائب وان للولد والزوجة حق الانفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر فيتنصب خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ومثل هذا القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع اموال المفقود وقد يقال ايضا في جواب نعم القياس ما ذكرت لكنا استحسنا ذلك بحديث هند ابنة ابي سفيان وقد اسلفناه قال فيه خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف اذ هو يفيد جواز الانفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والاثم اذا ثبت في الزوجة فالولد على خلاف القياس لانه يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالدلالة لان حقه فيما اكد من حق الولد فان الولد لا يستقل بالحاجة بل اذا كان عاجزا عن الكسب والاب يستقل بالحاجة بالكسب وان كان يقدر على الكسب **قوله** ولو دفع الموضع بنفسه او من عليه الدين لغير امر القاضي يضمن الموضع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فكان ان يامر هو لا بالقبض وليس للقاضي نائبا في الحفظ فقط بل فيه وفي الغائب عليه من الحقوق ايضا مما لا يحتاج في ثبوته عنده الى سماع بينة ولهذا جاز له ان يوفي ما عليه من دين اذا علم لوجوبه بخلاف الموضع فانه المامور بالحفظ فقط فيضمن اذا اعطاهم بلا امره فان قيل ينبغي ان لا يضمن الموضع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الوديعة الى من في عيال الموضع يبرأ اجيب بان ذلك ان دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن ان ياخذ القاضي منهم كفيلا لاحتمال انه طلقها قبل ذا بانة او عجل لها النفقة لكن لو لم ياخذ جاز لانه لا يجب اخذ الكفيل الا الخصم وليس ههنا خصم طالب هذا فلو كان الموضع والمديون جاحدين صلاة اي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية او جاحدين للنسب والزوجية معترفين بالوديعة والدين بالعكس وليسا ظاهرين عند القاضي لم ينتصب احد من مستحقي النفقة الزوجة او الاب او الابن خصما في ذلك اي في اثبات الدين او النسب او الوديعة باقامة البينة على شيء من ذلك لان الموضع والمديون ليسا خصما في ثبوت الزوجية والقضاء بها ولان ما يدعيه للغائب سببا منعينا لثبوت حقه الذي هو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود وستعرف تفصيل هذا ان شاء الله تعالى في ادب القاضي **قوله** ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة ولانه منع حقها بالغيبة وان كان من غير قصد منه فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة فانه يفرق بينهما فيهما بعد مدة وذلك منا منه في الايلاء بنا على انه لا يوجب الفرقة بمجرد مضي المدة بل بتفريق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار اختلف في المدة الاربع من الايلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها علما بالشبهين وحديث الذي اخذته الجن رواه ابن شيبة ثنا سفين بن عيينة عن عمرو وعن يحيى بن جعدة ان رجلا استهوته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاتت امراته عمر فامرها ان تتربص اربع سنين ثم امر وليه بعد اربع سنين ان يطلقها ثم امرها ان تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خير امراته والصداق واخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني الجن فمكثت اربع سنين ثم اتت امراتي عمر الحديث بمعنى الاول واخرجه عبد الرزاق من طريق وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت رددناك امراتك وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن هو يخبره ورواه الدارقطني وفيه ثم امرها ان تعتد اربعة اشهر وعشرا

قال واذا تم لها مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف رح بمائة سنة وقدر بعضهم بتسعين الا قيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين اذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت لصيانة اذا لحكم معتبر بالعقيقة

وروى مالك في الموطا عن عمر بن الخطاب قال ايما امرأة فقدت زوجها فلم تدر اين هو فانها تنتظر اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا ثم تحل واسند ابن ابي شيبة عن سعيد بن المسيب ان عمر وعثمان قالا في امرأة المفقود تتربص اربع سنين وتعتد بعد اربعة اشهر وعشر واسند ابن ابي شيبة عن خالد بن يزيد ذكر ابن عمر وابن عباس المفقود فقالا تتربص اربع سنين ثم تطلق او في رواية تتربص اربعة اشهر وعشرا قال المصنف رح قوله عليه الصلوة والسلام في امرأة المفقود انها امرأة حتى يتبين موته يتبين بالبيان اخرجه الدارقطني في سننه عن سلمة بن سعيد ثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأة حتى يأتيها البيان وفي بعض نسخه حتى يأتيها الخبر وهو ضعيف محمد بن شرحبيل قال ابن ابي حاتم عن ابيه يروي عن المغيرة مناكير اباطيل وقال ابن القطان سوار بن مصعب اشهر في المتروكين منه ثم عاصم المصنف بقوله على قول عمر رض وهو يروي عبد الرزاق اخبرنا محمد بن عبد الله العرزمي عن الحكم بن عتيبة ان عليا رض قال في امرأة المفقود هي امرأة لا تطلق ولا تنكح حتى يصح موته او طلاقه اياها ثم ذكر عن ابن ابي ليلى عن الحكم ان عليا مثله وقال ابن جريج قال لي ابن مسعود وافق عليا على انها لا تنكح ابدا واخرج ابن ابي شيبة عن ابي الحكم وجابر بن يزيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا ليس لها ان تتزوج حتى يستبين موته وقوله لان النكاح الى آخره الحاصل ان المسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم فذهب عمر رض الى ما تقدم وذهب علي رض الى انها امرأته حتى يأتيها البيان والانسان في الترجيح بالحديث الضعيف لصلح مرجحا لانتهاء بالاصالة وما ذكر من موافقة ابن مسعود مرجح آخر شرع المصنف في مرجح آخر فقال ولان النكاح عرف شرعه والغيبة لا توجب الفرقة والموت في غير الاحتمال فلا يزول النكاح بالشك وذكر ان عمر رض رجع الى قول علي في كره ابن ابي ليلى قال ثلاث قضيات رجع فيها عمر الى قول علي فمنها امرأة المفقود وامرأة الذي جب في عدتها وقوله فانها في الثلاثة الى على قوله فامرأة المفقود وعرف واما امرأة الذي كنف فكان لا يكنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم تزوجت ثم قدم فوجدها قد تزوجت ثم اتى عمر رض فقص عليه القصة فقال ان لم يكن دخل بها فارجع بها وان كان دخل بها فلك عليها سبيل فقد مهرها وعقد عليها فقال لهم ان لي اليها حاجة فخلوا بيني وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى المسجد فكتب عمر رض فوارث جارا مرين هذا اعني عدم ثبوت الرجعة في حقها اذا انقضت عدتها وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للاول عليها سبيل لرفع الضرر عنها ثم رجع الى قول علي ان راجعها ما لم يصح وهي منكوحة دخل بها الثاني او لا واما المرأة التي تزوجت في عدتها فانها ترد الى الاول ان شاء وان شاء تركها عنده فتزوج ودخل بها الثاني او لم يدخل بها اذا اتى زوجها حيا ويخير بين المهر وعليه وبين المهر وقد صح رجوعه الى قول علي رض وهو ان يفرق بينها وبين الثاني ولها المهر عليه مما استحل من فرجها وترد الى الاول ولا يقربها حتى تعتد منه من ذلك قال ولا تعتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع موجبا وهذا على رأيهما بان الوقوع بعد انقضاء المدة بالايلاء لا يتوقف على تفريق القاضي قال ولا بالعنة لان الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة والعنة قل ما تحمل بعد استمرار سنة فكان عود المفقود ارجى من زوال العنة بعد مضي سنة فلا يلزم ان يشرع فيه ما شرع فيها قوله واذا تم لها مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال المصنف هذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران

وفي المروي عن ابي يوسف رح بمائة سنة وقدر بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين وجه رواية الحسن ان الاعمار في زماننا قل ما تزيد على مائة وعشرين بل لا يسمع اكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالاكثر والاغلب قيل ان هذا يرجع الى قول اهل الطباع فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح وغيره فما لا ينبغي ان يذكر توجيها لمذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم اعرف لما دلت عليه النصوص والتواريخ بالاعمار السابقة للبشر بل لا يحل لاحد ان يحكم على ائمة المسلمين انهم اعتمدوا في قول لهم على امر هم لا يقرون ببطلانه وليجبون بعدم اعتباره في شيء من الاشياء ووجه ظاهر الرواية انه من النوادر ان يعيش الانسان بعد موت اقرانه فلا ينبغي الحكم عليه ثم اختلفوا فذهب بعض المشائخ الى ان المعتبر موت اقرانه من جميع البلاد واخرون ان المعتبر موت اقرانه في بلده فان الاعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الاقطار بحسب اجرائه تعالى العادة ولذا قالوا الصغانية اطول اعمارا من الروم فانما يقدر باقرانه في بلده ولان في ذلك حرجا كثيرا في تعرف موتهم في البلدان المتخالفة في بلده فانما فيه نوع حرج محتمل واما المروي عن ابي يوسف رح فذكر عنه وجه شبهه ان يكون على سبيل الشناعة منه لهم قيل انه سئل عنه فقال اينه لكم بطبرستان

ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لو حكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حيوته معلومة ولا يرث المفقود اصلا مات قريب حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان موروثه يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى للابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي شيء ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل لا يعطى له شيء وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير يعطى الاقل المتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى بما ليس هذا

فان المولود اذا كان ابن عشر يدرجل ابوه بكذا وعقد عشرا فاذا كان ابن عشرين كان بين الصبا والشباب بكذا وعقد عشرين فاذا كان ابن ثلاثين يستوي بكذا او عقد ثلاثين فاذا كان ابن اربعين يحمل عليها الاثقال بكذا وعقد اربعين فاذا كان ابن خمسين ينجي من كثرة الاثقال والاشغال بكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين تنقبض الشيخوخة بكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا بكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي بكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين يفهم امعاءه في بطنه بكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا الى البقى كما يتحول الساب من اليسرى ولا شك ان مثل هذا لا يثبت الحكم وانما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا والغالب فيمن طال عمره ان لا يجاوز المائة وقوله في المبسوط وكان محمد بن سلمة يفتي بقول ابي يوسف رح حتى تبين له خطاؤه في نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا للخطاء لانه مبني على الغالب عنده وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطئا فيما اعطى من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى انها مائة سنة لان الحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر وروي انه عاش مائة وتسع سنين او اكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لان الغالب في اعمار اهل زماننا وكذا لا يصح الا ان يقال ان الغالب في الاعمار الطوال في اهل زماننا ان لا يزيد على ذلك نعم المتاخرون الذين اختاروا الستين نبوه على الغالب من الاعمار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأي في ان الغالب هذا في الطول او مطلقا فلهذا قال شمس الائمة الاليق بطريق الفقه ان لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المصالقيس الحر ولكن نقول انوا لم يبق احد من اقرانه يحكم بموته اعتبارا للحالة بحال نظايره وهذا رجوع الى ظاهر الرواية قال المعو والارفق الى الناس ان يقدر بسبعين وارفق منه التقدير بستين وعندي الاحسن ما يقول عليه الصلوة والسلام اعمار امتي ما بين الستين الى السبعين فكانت المنتخبي لبابا قال بعضهم يفوض الى رأي القاضي فاي وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كانه مات فيه معاينة اذا الحكمي معتبر بالتحقيقي قوله ومن مات منهم اي من يرث المفقود قبل ذلك اي قبل ان يحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود شيئا على الحكم بموته قبل موت المفقود فجرى مجرى ما لو مات ورثته من المفقود لانه لم يحكم بموت المفقود بعد وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود حيا في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت يعني وقت موت ذلك الاحد باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق بل في دفع الاستحقاق عليه وكذلك جعلنا حياته في حق نفسه فلا يورث ماله في حال فقده بيقينا في حق غيره فلا يرث هو غيره وكذلك لو اوصى للمفقود مات الموصي في حال فقده وقال محمد لا يقضى بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود يعني توقف نصيب المفقود الموصى له به الى ان يقضي بموته فاذا قضي بموته جعل كانه مات الآن وفي استحقاق لمال غيره كانه مات حين فقد وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره قوله ثم الاصل انه اذا مات من حيث يرثه المفقود ان كان مع المفقود وارث لا يحجب المفقود حجب حرمان ولكنه ينتقص حقه به يعطى ذلك لوارث اقل نصيبه ويوقف الباقي حتى تظهر حياة المفقود او موته او يقضي بموته وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى لذلك لوارث شيء بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن ابن ابنته ابن والمال الموروث في يد اجنبي وتصادقوا اي الاجنبي والورثة على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث يعطيان النصف لانه متيقن به لان اخاهما المفقود ان كان حيا فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فيعطيانه ويوقف النصف الآخر في يد الاجنبي الذي هو في يده ولا يعطى ولد الابن شيئا لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت حياته بان كان اقر ان للميت عنده مالا

كتاب الشركة

اقامت البنتان البينة عليه فتقضي بها لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فاذا برح يوخذ النصف الباقي منه ويوضع على يد عدل لظهور خيانته ولو كانوا لم يتخاصموا فاصلى فقد الابن بل قال الاجنبي الذي في يده المال مات المفقود فيجبر على دفعه للثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما في يده وقد اقران ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول اولاد الابن ابونا او عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيا ويوقف الثلث الباقي في يده ولو كان المال في يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يوخذ شئ للمفقود بل يقضي للبنتين بالنصف مشاعا ويوقف النصف في ايديهما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا وقع اليه وان ظهر ميتا اعطي البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو قالت البنتان مات اخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال في ايديهما اعطينا الثلثين ووقف الثلث لانهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في ايديهما فان ظهر حيا اخذ منهما السدس ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا على انه مفقود يعطى البنتان النصف لانهما انما ادعياه بالاقرار بالفقد ويوقف النصف الاخر في يد من كان في يده ولو ادعى ولد المفقود ان ابا هما مات لم يدفع اليهما شيا حتى يقوم البينة على موته قبل ابيه او بعده فان اقامت على موته قبله يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين لان الميت علم انه مات عن بنتين واولاد ابن وان قامت عليه بعده يعطى لهم النصف لان الميت مات عن ابن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المعلى ونظيره اي في وقت الميراث عند الشك في النصيب الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى واخرج عمار وي عن ابي حنيفة يوقف له ميراث اربع بنين لما قال لو شهد رجلان ان ابا هذه الحامل مات وهي حبلى بابن واحد وشهد اخران انه مات وهي حبلى باربعة بنين في بطن واحد وعما عن محمد يوقف له ميراث ثلاثة بنين وفي اخرى نصيب ابنين وهو رواية عن ابي يوسف نصيب واحد وعليه الفتوى ولو كان مع الحمل وارث اخر فان كان لا يسقط بحال ولا تغيير بالحمل يعطى كل نصيبه للمتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابنا وامراة حاملا تعطى المراة الثمن وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى شيا وان كان ممن يتغير يعطى الاقل للمتيقن به مثاله ترك امراة حاملا وجده تعطى السدس لانه لا يتغير لها ولو ترك حاملا واخا وعما لا يعطى شيا للاخ لانه يسقط بالابن وجاز ان يكون الحمل ابنا فكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان اصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيا ولو ترك حاملا واما او زوجة تعطى الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان بنتا اخذت الام الثلث او حيا اخذت السدس والزوجة الثمن لانه لو كان بنتا اخذت الربع والله الموفق للصواب.

كتاب الشركة

هو بسكون الراء في المعروف او هو الشركة عند المفقود لتشابههما بوجهين كون مال احدهما امانة في يد الاخر كما ان مال المفقود امانة في الحاضر وكون الاشتراك قد تحقق في مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي وهذه مناسبة خاصة بينهما والاول جامعة فيهما وفي الابق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليهما واولاد الاباق لشمول له عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والابق وكان بعضهم تخيل ان عرضية الهلاك للمال فقال ان المال على عرضية القوي في حاصل محاسن الشركة جمع الى الاستعانة في تحصيل المال الشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز احدهما وقيل انه اختلاط النصيبين تسابل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل اشركه شركا فظهر انها فعل الانسان وفعله الخلط واما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلها ليس له اسم من المادة ولا يظن ان اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلها ايضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف في فيقال اشتركا في المال اي حققا الخلط فيه فالمال يشترك فيه اي تتعلق به الشركة

الشركة جائزة لانه صلى الله عليه وآله وسلم بعث والناس يتعاملون بها فاقرهم عليه **قال** الشركة ضربان شركة الاملاك وشركة عقود فشركة الاملاك نوعان شركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه لكل واحد منهما ان يفصل نصيبه كالاجنبي منهما وشركة الشركة يتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا كتب جلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع احدهما او غيرهما اختلاطا يمنع التمييز رأسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور من غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى

اي خلطهما وكونها في شركة العين اختلالها وفي شركة العقد اللفظ المفيد لها ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط فاذا قيد بشركة العقد بالاضافة في اضافة بيانية **قوله** الشركة جائزة الخ قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص لشركة العين وان المقصود الاصلي الذي هو شركة العقد وقوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء الخ من المشتركين لا نسلم على جواز كل منها مع انه حكاية قول داود وعرم اخبار للخصمين عن شريعتهما اذ ذاك فلا يلزم استمراره في شريعتنا واما السنة فما في ابي داود وابن ماجة والحاكم عن السائب انه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري وروى احمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب عن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلوة والسلام مرحبا باخي وشريكي كان لا يداري ولا يماري يا سايب قد كنت تعمل اعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصدقة واسم السائب صيفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول البيهقي فيه انه كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن ابي السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت فيه شيء ولا يقوم به حجة انما يصح اذا اراد الحجة في تعيين الشريك من كان اما عرضنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث يداري مهموز في الحديث اي يدافع ثم ايراد النساخ هذا انما يفيد ان الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل اعني انه بعث وهم يتشاركون فقرر هم ومفيد الجزء الثاني ما في ابي داود ومستدرك الحاكم عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال الله تعالى انا ثالث الشريكين لم يخن احدهما صاحبه فاذا خانه خرجت انا من بينهما وجاء الشيطان وضعفه ابن القطان بجهالة والد ابي حيان وهو سعيد فان الرواية عن ابي حيان عن ابيه وهو سعيد بن حيان فرواه غيره عن ابي حيان مرسلا ورواه الدارقطني يد الله على الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا جان احدهما صاحبه رفعها عنهما ولا شك ان كون الشركة مشروعة اظهر ثبوتا مما تضمنته هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وعلم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على اوجار تقريره عليه الصلوة والسلام عليها **قوله** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان او يشتريانها وظاهر هذا الحمل من القدوري القصر فذكر المصنف انها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما اذا اتهبا عينا او ملكاها بالاستيلاء بان استوليا على مال حربي فملكاه بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع من احدهما بان اتفق كيسا هما المتجاوران فاختلط ما فيهما او اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز كالخلطة بالحنطة او تعسر كالخلطة بالشعير ولو قال العين يملكانها كان شاملا الا ان بعضهم ذكر في شركة الاملاك الشركة في الدين فقيل مجاز لان الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولهذا جاز هبته ممن عليه الحق وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولهذا لم تجز من غيره من عليه والحق ما ذكروا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى احدهما شيئا كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما اخذ وليس له ان يقول هذا الذي اخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك لانه لا يصح من المديون ايضا ان يعطيه شيئا على انه قضاء واخر الآخر قالوا والحيلة في اختصاص الآخذ بما اخذه ان يهب شريكه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة انه لا يجوز له ان يتصرف في نصيب شريكه الا بامره لان كلا منهما في نصيب الآخر كالاجنبي عن الشركة لعدم تضمنها وكالته وانه يجوز ان يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور واما من غير الشريك فيجوز بغير اذنه في جميع الصور الا في الخلط والاختلاط فانه لا يجوز بيع احدهما نصيبه من غير الشريك الا باذن الشريك قال المصنف وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى وحقيقة الفرق

والضرب الثاني شركة العقود ورکنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه وهي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويا في مالهما ويتصرفهما وديتهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين فلابد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال المراد به ما تقصد الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه كذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملك الآخر لفات التساوي وكذلك في الدين لما بين ان شاء الله تعالى

ما اشار اليه في الفوائد الظهيرية وهو ان الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بان اشتريا حنطة او ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والاجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط او الاختلاط لان كل حبة مملوكة بجميع اجزائها لاحدهما ليس للآخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على التسليم الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسليم واما ما ذكر شيخ الاسلام من ان خلط الجنس بالجنس ليس بسبب لزوال الملك عن المخلوط مالا الى الخالط فاذا حصل لغير لعدم يكون سببا لزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد منهما زائلا الى الشريك في حق الآخر من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد جمع ثبوت الزوال من وجه فان تمام السبب فيه هو التعدي فقد عدمه لما ثبت من وجه والا لكانت جميع المبيعات ثابتة من وجه قبل سبابها وايضا فالزوال الى الخالط عينا لا الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك في البيع من الاجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط او باع من الاجنبي وانما قلنا ان تمام السبب التعدي لان الخلط لا يظهر اثره في ملك واما تبين به اي تعدي هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلطه **قوله** الضرب الثاني شركة العقود ورکنها الايجاب والقبول ثم فسر ما للضم بقوله وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا فيقول الآخر قبلت اي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البزازية والبقالية في الخانية او في كل مالي ومالك هما متساويان وفي جميع التجارات وكل كفيل عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى لانه لو وقع الفاظ اخر بهذا المعنى جاز وما كان ربح فهو بينهما وقيل الآخذ واحد والجعل ان عقدت الشركة وينبغي الاشهاد عليها وذكر محمد كفيلة كتابها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى واداء الامانة ثم يبين قدر راس مال كل منهما ويقول وذلك كله في ايديهما يتصرفان به وبينهما جميعا وسمى ويجعل كل واحد منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وان ملكه كل يطلق عقد الشركة الا ان بعض العلماء يقول لا يملكه كل واحد منهما بل الاطلاق يحمل عليه فلا حاجة الى ذكره كتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فبينهم على قدر رؤس اموالهما وما كان من وضيعة او تبعة فكذلك لا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف قدر راس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا مفيد صحيح عينا سيذكر فاذا كان شرط التفاوت فيه كتبه كذلك يقول اشتركا على ذلك في حال كذا او في يوم كذا او انما يكتب التاريخ كيلا يدعي احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الآخر قبل هذا التاريخ **قوله** وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة وهذا الشركة مضروب على المصدر معمول المعقود وكل صور معقود الشركة يتضمن توكيلا فتخصص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه اي حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف واصيلا في الآخر لا يكون المستفاد مشتركا كما لا اختصاص المشتري واحترز بقيد عن الاشتراك في التكدي والاحتشاش والاصطياد فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب **قوله** ثم هي اي شركة العقود على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه قيل في وجه الحصر ان العقد اما ان يذكر فيه مال وربح او لا والذكر اما ان تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ولفظه وضمانه او لا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفي عدم ذكر المال اما ان تشترط العمل في مال الغير او لا فالاول هو الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه انه يقتضي ان شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي حيث قالا الشركة على ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منها على وجهين مفاوضة وعنان وسيأتي البيان انشاء الله تعالى **قوله** فاما شركة المفاوضة فهو ان يشترك الرجلان فيتساويا في مالهما ويتصرفهما وديتهما ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما ان وكيل عنه لانها شركة عامة ليتمكن

وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا تعرف المفاوضة وجه القياس ان التفاضل والتساوي في الربح بسبب رأس المال والجهالة بجهالة رأس المال وهي مفسدة كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو باعا جميع ما يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى **قال** ويجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين لتحقق المساواة

كل منهما الى صاحبه على العموم في التجارات والتبرعات لان المفاوضة الشركة والمفاوضة المساواة فتلزم مطلق المساواة فيما يكون الاشتراك فيه فعم التساوي في ذلك ولا يخفى ان قول المصنف هي من المساواة تساهل لانها مادة اخرى فكيف تحقق الاشتقاق بل هي من التفويض او التفوض الذي منه فاض الماء اذا عم وانتشر واختار ابن معناها المساواة واستشهد لقول الاقوه الاودي + لا يصلح الناس فوض لا سراة لهم + ولا سراة اذا جهالهم سادوا + وبعده + اذا تولى سراة الناس امرهم + نما على ذاك امر القوم وازداد وقيل بعد تهدي الامور بأهل الرأي ما سلكت + فان تولت فبالجهال تنقاد + ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا بنفسه مراوحا كيف كان تحققت المنازعة والفساد كما في قوله تعالى لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سري وهو السيد وجعله صاحب الفصل اسم جمع لركب في الركب والسري فعيل من فعلة بالتحريك واصله سرو فحركت الواو وانفتح ما قبلها فقلبت الفا فصار سراو فاجتمع سريان سرو اجتمعا وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسياتي وجه المساواة فلا بد من تحقق المساواة ابتداء عند عقد الشركة وانتهاء في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان يفسخ اذا شاء وكان لبقائه حكم الابتداء فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازداد قيمة احدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشتري فانما تغير تغير سعر راس المال بعد خروجه عن الشركة فيه وطء اشتريا بالجميع مال احدهما ثم فضل مال الآخر حتى القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم باشتراطه حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف المشترى صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف عالم يستحق به لصاحبه غير انه لا يشتري لاتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود والآخر مثلها بيض وقيمتهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لاحدهما الف وللآخر مائة دينار قيمتها الف صحت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث احدهما دراهم او اتهبها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قول ابي حنيفة رحمه الله والعروض ولو كان لاحدهما دين لم تصح المفاوضة ولو كان لدين صحت الى ان يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا وكذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك احدهما تصرفا لم يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما بينا عن قريب **قوله** وهذه الشركة جائزة في قول اصحابنا رحمهم الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة وهذا لا يلزم بنا فيض كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكي عن اصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي ان يفوض كل الى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيده غير ان لا يشترط التساوي في المالين وممن روي عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره ابو بكر الرازي وجه قولهما وهو وجه الاستحسان انها تضمنت الوكالة بشراء مجهول الجنس والكفالة بالمجهول وكل بانفراده فاسد فكذا لو قال وكلتك بشراء عبد او ثوب لم يجز حتى يسمي نوعه وصفته ولو كفل لمن يستدين بما لا يلزمه لا يصح فاجتماعهما يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لآخر وكلتك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل ما شاء قلت العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام اهل الآخر وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس وجه الاستحسان العمران احدهما روي عنه عليه السلام انه قال فاوضوا فانه اعظم للبركة اي ان عقد المفاوضة اعظم للبركة وقوله عليه السلام اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم يثبت

وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا يجوز لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة وتتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الكفر لا يتقيد الى الجواز من الجانبين والمعقود عليهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمرا او خنازير صح ولو اشترها مسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين

في كتب الحديث اصلا والله اعلم به ولا ثبت به حجة على الخصم وانما اخرج ابن ماجة في التجارات عن صالح بن صهيب عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمقاوضة واختلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع وفي بعض نسخ ابن ماجة المعاوضة بدل المقاوضة ورواه ابراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبط المعارضة بالعين والفاء وفسرها ببيع عرض بعرض مثله والاخر ذكره من ان الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس لان التعامل كالاجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط الذي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من المتفوض بل على شرط التفويض العام كما عن مالك لكن ثم اجاب عن القياس فقال الجهالة محتملة لانها انما ثبتت تبعا والتصرف قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا كما في المضاربة فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا تيم الالزام وانتظم الكلام الكل وهو قوله والجهالة متحملة تبعا الجواب عن الزام الكفالة بمجهول وفصل الجواب فيما في المبسوط فقال واما الجهالة فيها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها وهو منعدم هنا لان كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه بالزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم وكان المصر انما لم يعرج عليه لانه لو صح صحت الكفالة بمجهول ابتداء لان عند اللزوم لا بد ان تبين المكفول له فاكتفى بنفي الالزام لما ذكرنا من ان الشيء قد يصح تبعا لا قصدا ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا وعلى هذا يمكن اثبات ضمنا شرعا اخذا من هذا الجواب بكذا تصرف نافع لا مانع فيه فيشرع فوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع اذا ثبتت قصدا ولا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصدا منعه اذا ثبت ضمنا فان قيل ممن اين اشتراط المساواة في المال قلنا هذا امر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك ان الشركة في صورة يكون الشريكان متساويين لما لين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما فقلنا ان عقدا على الوجه الاول سميناه شركة مفاوضة والا سميناها عنانا غير انا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور لجهلنا اياه علما على تمام المساواة في امر الشركة فاذا ذكرها ثبت احكامها اقامة اللفظ مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكرها لعدم تحقق رضاهما باحكامها الا ان يذكر تمام معناها بان يقول احدهما وهما حران بالغان مسلمان او ذميان شاركتك في جميع ما ملكت من نقد وقد رأيتما ملكت على وجه التفويض العام من كل شيء للاخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلا ضامن عن الاخر ما يلزمه من امر كل بيع وهذا قول المصنف وينعقد بلفظ المفاوضة لتعذر شهرتها عن فهم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقد بلفظ المفاوضة وبعض شروطها منتف انعقدت عنانا اذا لم يكن المنفي من شروط العنان فيكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان **قوله** وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا ان فيه للاصل وقوله لما قلنا اي لتحقق التساوي اذ الكفر ملة واحدة **قوله** ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لتعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك احدهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة اصلا ولا اذن له الولي ولا يملك في التصرف الا باذنه **قوله** ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة وكون احدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساويهما في اصل التصرف مباشرة وهو وكالة وكفالة وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة وتتفاوتان في العقد على متروك التسمية الا انه يكره اي عقد الشركة بين المسلم والكافر لان الذمي لا ينتهي الى الجائز من العقود ولا يحترز من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم في اكل الحرام وقوله الا انه يكره استثناء من قوله قال ابو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز في اعم من الاباحة بمعنى استواء الطرفين وهو

(ذا الوصل)

(ذا الوصل)

ولا بين العبيد لان الكفالة في كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان لان ما لا يستجيب شراء الوكيل
هو فيما يكون متساويا وقد يكون عاما في حق بعض التجارات دون بعض وهو الشركة التي لا بد وان ما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارات وحقوقها
وجه قوله ان كل واحد منهما يصير وكيلا عن صاحبه في نصف ما في يده وكيلا عن نفسه في النصف الآخر لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه
في التصرف وكان بدل كل واحد منهما كالمشترك فاما الاستدانة على الكتاب فاستحسان لانه يستغني عن المفاوضة للحرج لان الحاجة الزائدة ملحقة الوقوع ولا يمكن ايجابه على
صاحبه لانه لا يلزم من لزوم الشراء فيجتمعون ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا ولنا ان باخذ بالثمن انما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه
بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بما ادى لانه قضى دينا عليه من قبل مشترك بينهما قال ويلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصير به
الاشتراك فالاخر منها من احتطابه او احتشاشه او قبوله الوصية له او ميراث او ما اشبه ذلك لان الغنم بالغرم والخراج بالضمان
ومعنى هذا الكلام ان كل ما يحدث من سبب الشركة فهو بينهما نصفان وما يلزم من الديون بسبب من ذلك فهو عليهما نصفان وهذا ظاهر
قال ولكل واحد منهما ان يبضع ويوكل ويسافر ويودع ويستودع ويشارك ويدفع الى غيره ويعمل ما بدا له من اعمال التجارة
ولو صالح احدهما من دين لزمه من ذلك ما يلزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزمه لانه تبرع وعلى الاول يضمن نصيب صاحبه والصلح على هذا كالابراء
فان ابرأ بعض الغرماء لم يلزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى قولهما يلزمه لانه لا يملك الابراء عن نصيب صاحبه
وله ان الصلح معاوضة من وجه لانه يسقط به بعض ما في ذمة المديون ويثبت له بدله فيملك بالنظر الى هذا الوجه ويلحقه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يملكه لانه يلحق بالتبرعات
ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يلزم صاحبه لانه سلوك طريق الاعارة فيكون الظلم حكم عينها لان حكم البدل حكم المبدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة

لما عاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان يبقى الحكم عما بعد الا فيكون قد اخرج الكراهة التي تضمنها الجواز عنه فلا تثبت فانما هو استدراك سن الجواز فان مسألته
تشرف الى غير المكروه فاستدرك سنه الكراهة اي لكنه مكروه وبعض اهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لمبارزة بمعنى لكن وهو غلط لان المستثنى في المتصل
والمنقطع مخرج من حكم الصدر فما لم يجئ في قولهم جاؤا الا حمارا يقتضي اخراج الكراهة من ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة ولهما انه لا تساوي في التصرف فان
الذي لو اشترى براس مال احدهما خمورا وخنازير يصح ولو اشتراها المسلم لا يصح لكن بقي قول ابي يوسف كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي مع ان التفاوت فيما
يملكان لم يجب وكذا بين الكتابي والمجوسي فان المجوسي تتصرف في الموقوذة لانه يعتقد بالتها دون الكتابي وكذا الكتابي يواجر نفسه للذبح دون المجوسي وجه
بان منهم من جعل الموقوذة مالا متقوما في حقهم فلا تفصيل بين المجوسي والكتابي فيتحقق المساواة في التصرف واما مواجرة نفسه للذبح فكل منهما من اهل ان
يتقبل ذلك العمل على ان يعمل بنفسه او نائبه واجارة المجوسي لنفسه للذبح جائزة يستوجب بها الاجر وان كان لا يحل ذبيحته واما الحنفي والشافعي فالمساواة
ثابتة لان الدليل على كونه مالا متقوما قايم وولاية الالزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي واما المسلم مع المرتد فلا
تجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكره الكرخي وذكر في الاصل قياس قول ابي يوسف انه يجوز عنده **قوله** ولا بين الصبيين يعني ولو اذن وليهما لانهما ليسا من
اهل الكفالة **قوله** ولا بين العبدين والمكاتبين **قوله** وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الم وذلك كما لو عقد بالغ وصبي او حر وعبد او مكاتب او شرط
عدم الكفالة تصير عنانا وان عمما التصرف والمال وتساويا فيه لان عقد شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة لا يكون الا عامة
قوله وتنعقد اي المفاوضة على الوكالة والكفالة وان لم يصرح بهما فان ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره اي وكالة كل منهما عن الاجر في نصف ما يشتريه
وكفالة كل منهما الآخر بما يعقد بها على الوكالة ليتحقق غرض الشركة وقوله على ما بينا يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في الربح واما الكفالة
فلتحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما بسبب ما هو من افعالهما وما يشبهه ما هو تجارة وما يشبه
كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفيلا عنه حتى كان لرب الطعام والكسوة له ولعياله واد امهم ان يطالب
الآخر ويرجع الآخر بما ادى على الشريك بخلاف ما لو اشترى احدهما جارية للوطي باذن شريكه فانه يختص بها على ما سيأتي في آخر الشركة انشاء الله تعالى
وانما اختص بذلك لم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة فان الحاجة الزائدة معلوم وقوعها اي المستمر من قولهم ربت الشيء اذا دام ومنه المربية
اي ذات لبن لم يقع الشراء الثاني ونحوه ولا يمكن ايجاب نفقة عياله على صاحبه فكان مستثنى ضرورة والقياس وقوعه على الشركة لما بينا من ان مقتضى العقد المساواة
ثم كفالة كل واحد انما هي فيما هو من ضمان التجارة او ما يشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء اخذ المشتري منه بدينه وان شاء اخذ
بشريكه وضمان التجارة كتعيب المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد واجرة الاستاجرة سواء استاجره لنفسه او لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة
ضمان غصب او استهلاك عند ابي حنيفة او وديعة اذا جحدها او استهلكها وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع بفعله تملك لا صل فتصير
في معنى التجارة ولو لحق احدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كارش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس
ان يحلف لشريكه على العلم اذا انكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على احدهما بيع خادم فانكره فللمدعي ان يحلف المدعى عليه على البتات وتسمع
على العلم لان كل واحد لو اقر بما ادعاه المدعي يلزمهما بخلاف الجناية لو اقر احدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة
شركة مفاوضة مع رجل او امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو افترت ببدل الخلع او الزمه احد الشريكين وهو اجنبي **قوله** ولو كفل

ولو كانت بغير امره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رح لانه معاوضة انتهاء **قال** فان ورث احدهما مالا لم يصر فيه شركة اووهب ووصل الى يد كل بطلب المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الاخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه لانها تقبت عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه لدوامه حكما لابتداءه لكونه غير لازم

احدهما مال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يلزم صاحبه لانه اي الكفيل متبرع ولهذا لا تصح الكفالة من الصبي والعبد الماذون والمكاتب ولهذا ايضا لو صدر اي عقد الكفالة من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقراض اذا قرض احدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك واما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو اقر بكفالة سابقة على المرض لزمت في كل المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقي مال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما ستذكره ذكر الاسرار وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو اخذ فيه متقبحة هو قول محمد وظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح قال بعضهم قال ابو يوسف رح لا يجوز نسبته الى الايضاح وعبارة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال بعضهم يعني القرض لشريكه نوى المال او لم ينو وقياس قول ابي يوسف يضمن المقترض حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند ابي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك وكذا المقرض وعند ابي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقترض ولابي حنيفة رح انه اي عقد الكفالة عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء كالهبة بشرط العوض لانه اي الكفيل المدلول عليه بالكفالة يستوجب لضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه اذا كفل بامره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه فبالنظر الى البقاء يقتضيه المعاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره والوجه ان يقول ممن ذكره يعني الصبي والعبد الماذون والمكاتب لا يجد ان يكون مبنيا للمفعول بلا ضمير وانه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الواو هذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا تتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقي الذمة والذمة في الماذون كالمشترك بينه وبين المولى حتى يصح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لا في حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشركة لان لزومها ليس الا في حالة البقاء ولانا انما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيأ في ذمة من المال وانما الاقراض فانه اعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة والا كان بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فتكون لمثلها اي لمثل الدراهم والدنانير المقرضة حكم عينها لاحكم البدل ولهذا لا يصح في التاجيل اي لا يلزم ان يجري على موجب التاجيل في الاعارة والقرض والا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن ابي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل قلنا ان نمنع **قوله** ولو كانت الكفالة بغير امره اي امر المكفول عنه لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة انتهاء ايضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح تشير الى خلاف المشائخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه ابي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشائخ جروا على الاطلاق ولم تعرضوا للتفرقة بين كونها بامره او لا **قوله** وضمان الغصب والاستهلاك وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والاقراض بهذا الايشار تلزم شركته ولا معنى لتخصيص المصنف ابا حنيفة هنا لان في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع ابي حنيفة في انه يلزم شريكه وفي الكفالة مع ابي يوسف كما نقلنا قال ابو يوسف فيهما لانه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة ولنا ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار الماذون به عبدا كان او صبيا حرا وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما تجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للتملك كذا الملك المغصوب والمستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل من المتعاوضين ملتزما ضرره ونفعه وفي الكافي في الاعارة الرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء انه لو هلك المرتهن في يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو اقر احد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له

قوله عند ابي حنيفة

فان ورث احدهما عرضا فقوله ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه

لم يلزم الآخر عند ابي حنيفة ويلزمه عندهما واصله ان الوكيل لا يملك التعقد مع مولاه عنده خلافا لهما وسياتي انشاء الله تعالى قوله وان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا وكذا اذا وهب له فقبضه او تصدق به عليه او اوصى له به او زادت قيمته درهم احدهما البيض على دراهم الآخر السود او دنانيره قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده وصارت عنانا ولو ورث مالا يصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا باقي الاسباب التي ذكرناها وانما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح راس مال الشركة اذ هي اي المساواة شرط الصحتها ابتداء وبقاء وانما كان ما هو شرط ابتداء انما شرط بقائها لكونه اي عقد الشركة عقدا غير لازم فان احدهما بعد العقد لو اراد فسخها فسخها او ورثه عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لان لبقائها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد احد المتعاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت احد المتعاقدين تبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء تحقق مع كونه لازما كما مع كونه غير لازم احيب بان القياس في الاجارة ان يكون غير لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقد معاوضة والالزوم اصل في المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين ولنفي الضرر بموت احدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستاجر فلو بقيت لزم ازوم المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بخدمته لا تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان وان كانت الوصية لازمة ولا باس ان نذكر فروعا من شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب فمنها ان يشتري عبدا بينه وبينه فذهب فاشترى وشهد انه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر لشراء نصف المعين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلا منهما وكيل لصاحبه ولو اشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآمر فكذلك في الشركة ولو امره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المامور فالعبد بين الآمرين نصفين ولا شيء للمشتري فيه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذا لغيره لانه انما يملك شراءه بملك غيره بما يملك شراءه بنفسه ولما امره الثاني ان يشتريه بينهما فقد امره بشراء نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قيل لا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبدا فقبضه وطلب اليه آخر ان يشركه فيه فاشركه فيه فلم يقبض نصفه نصف مثل الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مطلق الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الا ان يبين خلافه ولو اشترك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهم اثلاثا ولو اشتراه اثنان عبدا فاشتركا فيه آخر فالقياس ان يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لان كلا صار مملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهما حين اشتركا ساويا به نفسهما وكان كانه اشترى العبد معهما ولو اشركه احد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فاجاز شركته ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رح ان احد الشريكين اذا قال لرجل اشركتك في هذا العبد فاجاز شركته كان بينهم اثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذلك لو اشركه احدهما في نصيبه لم يملك في كل شركة شركة الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال احدهما اشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف كان مملكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد اشركتك في نصفه الا ترى ان المشتري لو كان واحدا فقال لرجل اشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله اشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال اشركتك في نصيبي فانه لا يملك الرجل بهذا اللفظ

فصل ولا ينعقد الشركة الا بالدراهم الدنانير الحلول اما فقد وقال مالك رح يجوز بالدراهم والمكيل والموزون اذا كان الجنس واحدا لانها تتقدر على ما مر معلوم فاشبه النقود بجامع المضاربة لان الناس يابا هما لما فيها من ربح مالهم فيضمن فتقتضي صحة الشركة وكذا انه يؤدي الى ربح ماله بضمان لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله الذي في يده بنصف ما في يد صاحبه فقد حصل لكل واحد منهما من الزيادة في مال صاحبه بقدر ما له وهو ربح ماله بضمان عمله وهو الذي يضمن عند الهلاك والدليل على ان ما يشتريه في ذمته فهو بينهما ان نوى ذلك او كان اول الشراء في العرض والبيع وفي النقد الشراء وبيع آخرهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في نصف ما اشترى احدهما شيئا ماله على ان يكون المبيع بينه وبين شريكه جائز وانما لفلوس النافقة فتوجب رواج الاثمان فالحقت بها قالوا هذا قول محمد رح لانها فلوس رائجة عند الجميع بالتعيين ولا تتوارى بيع اثنين او احدهما عينا فحكمها على ما عرف اما عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان تعيينها لغو اذ لا يصير سلما وعند ابي يوسف رح من قول محمد رح لانها ثمن اصطلاحا وعند ابي حنيفة رح لا تصح المضاربة بها قال ولا يجوز الشركة بالعروض ذلك الا ان يخالط الناس بالنار والنقرة لتصح الشركة بها لما ذكرنا في الكتاب وفي انجامع الصغير ولا يكون المال عروضا بما قيل دهيب او فضة وقدره المتر فعلى هذه الرواية الشركة بعروض معينة بالتعيين فلا يصلح راس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان الشركة لا تنعقد بحيث لا يشترط العقد كما لا يصح القبض الا في تلك الرواية ليصلح راس المال ليعلم ان المعارف الخالصة متعينة في الاصل الا ان الاصل هو لا فما وان خلطت للتجارة فهي لا تصلح الا بالخلط الذي يصير به في حكم الثمنية فيصير راس المال بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستهلاكها ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال

ملكا جميع نصيبه بالقسمة حرف في مقام حرف البار فانه لو قال اشتركت نصيبي كان باطلا فلذا كان له نصف نصيبه واعلم ان شيوع الشركة فيما ذكر كلمة تبتني على صيرورة المشتري لما اشتراه شائعا بينهما الملك ثابتا على ما مر ان من شرط صحة عقد المعاوضة حتى اشترك فيما لم يجر بيع مالم القبض كما لو اولاه اياه وشاركه بعد القبض لم يصح لانه حينئذ ملك لم يلزمه ثمن لان ملك المبيع في البائع قبل التسليم يبطل البيع ولعلم انه لا بد من قبول الذي اشركه عبد لان لفظ اشركتك صار ايجابا للبيع ولو قال اشركتك فيه على ان تنقد عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه بيع وشرط فاسد وهو ان ينقد عنه ثمن نصفه الذي له لو نقد عنه رجع عليه بالنقد لانه قضى دينه بامره ولا شيء له في العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم اشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذي قبضه لان الاشراك يقتضي التسوية وانما يصح اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله ولو قال رجل لآخر انيا اشتري هذا العبد فقد اشركت فيه صاحبه وقال صاحبه قد فعلت فهو جائز لان كلا منهما بوكل لصاحبه بان يشتري نصف العبد له فاذا اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد الموكل مالم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما فان اشتراه معا او اشترى احدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما التمام مقصودة وكل منهما ولو نقد احدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير امر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلا عن الآخر في نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه احدهما ونقد الثمن فاذا اذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه احدهما على ان له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول ابي حنيفة رح وفي قولهما البيع على نصف المأمور خاصة وبناه على فصلين احدهما ان عند ابي حنيفة الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني ان من قال لغيره بعتك هذا الا نصفه بالف كان بائعا للنصف بالف ولو قال اشتريت منك بالف على ان لي نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لان الكلام المنفي بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعتك نصفه بالف فاذا قوله على ان لي نصفه فاصله ضم نفسه الى المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان يستفيد الصحة كما في شراء رب المال من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فيقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري **مسألة** اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلثمائة او بمائتين فالثمن بينهما نصفان ولو باعاه مرابحة بربح مائة او بعشرة فالثمن بينهما اثلاثا لان الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملاك في الحال وفي الثمن الاول واما بيع المرابحة والتولية والوضيعة فيعتبر الثمن الاول الا يرى انه لا يستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذا لو اشترى العوض لا مثل له والثمن الاول كان اثلاثا فكذا الثاني فلو ضيعا او اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق احدهما ووضيعة في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة الكل في المبسوط ✤

فصل لما ذكر اشتراط المساواة في راس مال شركة المفاوضة احتاج الى بيان حالها فقال تصح بقال لا تنعقد اشركة اعني شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة يعني لا تنعقد المفاوضة اذا ذكر فيها المال المطلق انما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط ان المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل يصح قولنا انها تنعقد في الوجوه والتقبل بالاموال وصدق لبعض المفاوضة ينعقد بالدراهم والدنانير والفلوس وهو ما قبض لا ينعقد المفاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي ينافض السلب الكلي والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول احمد والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعروض المثلي وقال مالك يجوز

قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب لا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما أن يبيع متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف رح وهو الشركة شركة ملك لا شركة عقد عند محمد تصح شركة العقد وهو الاختلاط حتى تظهر عند التساوي والمالين اشتراط التفاضل في الربح نظرا لوجوده ظاهرا ولابي يوسف رح انه تعين بالتعيين بجعل الخلط حكما متعينا

بالعروض اذا اتحد جنسهما وقال الاوزاعي وحماد بن ابي سليمان يجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بهما يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما لا يجوز عندنا بالعرض لا يجوز ان يكون راس المال احدهما عرضا والآخر دراهم او دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم انه لو دفع الى رجل آخر الفا وقال اخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا فقعل صح الا انه لابد ان يقسم البينة انه فعل ليلزم الآخر اذا لم يصدقه لو ثبتت وسيقيد بالدراهم والدنانير لاخراج العروض والتبر فلا يصلحان راس مال الشركة الا فيما سنذكره واما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم ابو الفضل في الكافي فيها خلافا بل اقتصر على ان قال لا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخي الجواز بالفلوس حتى لها وبعضهم حمل الظاهر الجواز وسدم الجواز رواية عن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لانها انما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليس ثمنا في الاصل وهم لم يتعاملوا ان يجعلوها راس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول ابي يوسف رح الاول وقال المعلى الناخرين هذا قول محمد رح واستدل على ذلك بمسئلتين احدهما ان الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين اذا كان بعينهما عند محمد خلافا لهما وسيأتي الوجه والتقييد باعيانهما احترازا عما لو باع فلسا بفلسين دينا فانه لا يجوز اتفاقا لان حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس وجه قول مالك ان الجنس اذا كان متحدا فقد عقدت على راس مال معلوم فكانت كالنقود بخلاف المضاربة حيث لا يجوز الا بالنقود لانها شرعت على خلاف القياس لما فيها من ربح مالم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه فيقتصر على مورد الشرع ولنا ان راس مال الشركة في العروض والمكيل والموزون يودي الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين فما يستحقه احدهما من الزيادة على حصة راس ماله الذي هو ثمن عرضه ربح مالم يملكه ولم يضمنه بخلاف النقود فان كل واحد ثم وكيل عن صاحبه في الشراء بماله والشيوع يمنع كل منهما لا تعلق براس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربحه ربح ما ضمنه فان قيل هذا لا يلزم لانه لا يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما كمكيلين او موزونين او غيرهما كالحد القيمة كثياب للكرباس من مائة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وجبه مثلا فاذا باعا جملة في وقت طلع السعر من ذلك لم يعلم ان حد ما بيع من الآخر وقبضه المشتري تساويان بل الظاهر انهما متفاوتان فيلزم اختصاص احدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخاص عنه ليس لانضباط قدر ملكه وهو مجهول فقد اودى الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر مالم يضمن لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ولا يفيد ان العلم بالقيمة فيودي الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر راس المال قيمة العروض اما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا تنازع فلم اللازم ربح مالم يضمن وتتعذر ما يدفعه ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع الانسان ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراؤه شيأ بماله على ان يكون الآخر شريكا فيه يجوز وعلمت ان الخلط لا ينفي ذلك وجه قول محمد ان الفلوس اذا كانت نافقة تروج رواج الاثمان فالحقت بها بدلالة ابي حنيفة وابي يوسف ان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة فانها باصطلاح الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة ينتفي بانتفاء الخلقة وتصير ثمنا بالاصطلاح القائم ولا يخفى ان هذا انما هو في الملاحظة اما في الخارج فهي ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح عليها ولهذا قال الاسبيجابي الصحيح ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس ولهذا لو اشترى شيأ بفلوس لعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لا تفسد العقد بهلاكها قال المعلى وروى عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر لان قوله مع ابي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين وعن ابي حنيفة جواز المضاربة بها وعلى ما ذكر في مبسوط الاسبيجابي يجب ان يكون قول الكل لان على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكرناه فيما يليه حيث قال ولا يجوز الشركة بما سوى ذلك لان تبايل الناس بها كالنقود وهو غير المضروب والنقرة وهي القطعة المذابة

ولهما انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة وبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين فجاز والعروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بينهما بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء

منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك وآية الجامع لا تكون المناوضة بهما قيل ذهب وفضة ومراده التبر فعلى هذا التبر سلعة متعين بالتعيين فلا يصلح راس مال الشركات والمضاربات وذكرنا في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا تبطل العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى هذا يصلح راس مال فيهما وهذا المانع انها خلقا ثمنين ثم قال الا ان الاول اصح يعني رواية لانها انما خلقا للتجارة لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص فخرج ضربها حليا فانها تتعين بالتبة وتبطل العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجز التعامل بها ثم قال الا ان يجري التعامل بها اي بالتبر والنقرة استثناء من قوله اصح وهو كونهما لا تصح الشركة بها فكان الثابت انهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت راس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله اي القدوري لا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه بيننا فقبل الخلط لانها عروض محضة لكل منهما منافع وعليه وضيعة ويختص بربحه وكذا ان خلطا ثم اشتركا عند ابي يوسف اي لكل منهما منافع يختص ربحه وضيعته لانتفاء شركة العقد والوضيعة خسارة التجارة يقال منه مبنيا للمفعول وضع التاجر ووكس في سلعته يوضع وضيعة اي خسر وقال قوم من العرب وضع يوضع كوجل يوجل وعند محمد رح تصح شركة عقد اذا كان المخلوط جنسا واحدا وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح فعند ابي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم هو قول ابي يوسف هو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لانه تعيين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح راس مال بها والا يصح راس مال الشركة لاختلاف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما ان ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يودي الى ربح ما لم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا لان المخلوط لا يكون الا متعينا فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد قوله لما بينا اي المكيل والموزون والمعدود المتقارب عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين ثمن من وجه حتى يصح الشراء بها دينا في الذمة وهو من حكم الاثمان فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين وبها الخلط وعدمه بشبه العروض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها فاما بالنقد والخلط فتجوز الشركة بها بالنقد وهذا لان المخلط يثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة العقد بخلاف العروض المحضة فانها لا تفيد شيئا بحال فظاهر الرواية هو الفرق وجهالان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيأ غير العرض لا يشبه به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متاصلا في حقوقه وله شبه بالخبري لا يقال له شبه وغاية ان الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين المنفسد وهو ربح ما لم يضمن لا يحتمل بالخلط لانا لا نسلم قول مالك وقد بينا ولو كان المخلوط لما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقد لا تجوز الشركة بالاتفاق والفرق لمحمد بين صحة العقد بعد صحة الخلط في متفق الجنس حيث يجوز والمختلفين حيث لا يجوز ان ما من جنس واحد من ذوات الامثال حتى لضمن مثله فيمكن تحصيل راس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل والمخلوط من جنسين من ذوات القيم حتى يلزم مثله قيمة فيتعذر الجبر لانه لا يمكن ان يصيل كل منهما الى غير حقه من راس المال وقت القسمة كما في العروض قوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قيل اراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تاويله انه بينه في غيره الا انه خلاف المتعارف من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل ان الخالط لعدا يضمن نصيب المخلوط مالا اذا اخلطه بجنسه او بخلاف جنسه ولا تمييز كشرج رجل خلطه بزيت غيره او تمييز بعير كحنطة خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لانه يمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان اجنبيا عن المخلوط مالكه كغير المودع وغير من في عياله كبير كان او صغير او كان في عياله فان لم ينفرد بالخلط وقال احد المالكين اذا اخذ المخلوط واعطى صاحبي مثل ما كان له فرض صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا تراضيا بذلك صح وان اراد بيع المخلوط وقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما ذكره وهو ان يقوم صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب قيمتها الا بالصفة التي بيعت بها والشعير

قال واذا اراد الشركة اخرج عروضا وباع كل واحد منهما بعض عروضه بعض عروض صاحبه ثم عقدا الشركة قال زفر وهذه شركة عنان لما بينا ان العروض لا تصير رأس مال الشركة وهذا اذا كان قيمة متاعهما على السواء وان كانت بينهما تفاوت بيع صاحب الاكثر بقدر ما يثبت به الشركة

يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الخيط فلا يستحق ان يضرب بها مخلوطا فلذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قيل هذا الجواب انما يتم على قول ابي يوسف ومحمد وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة ان الملك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخائط وعلى ما هو ظاهر مذهب المخلوط لملك الخائط وعقمها في ذمته فلا يباع ماله في ديتهما لما فيه من الحرج عليه وابو حنيفة لا يرى ذلك والاصح انه قولهم جميعا لان ملكه وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق بالمالية فيصير كل منهما الى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخائط الانتفاع بالمخلوط قبل اداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما ان يستوفيا حقهما من المخلوط اذا صلحا بالتراضي او بيع وقسمة الثمن فان اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد كمكيل او موزون صار عينا مشتركة فاذا باعاه اقتسم على قدر ملك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعاها بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعا لان كلا منهما ملك ثمنا بجميع ما دخل في العقد من العوض فيقسم عليهما باعتبار القيمة وان كانا جنسين مثليين فالثمن بينهما اذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطا لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ذلك كل منهما وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فيعتبر ذلك القيمة لكن مخلوطا ان لم يزد وبالخلط قيمة احدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان احدهما يزيده الخلط خيرا فانه يضرب بقيمة يوم يقسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد اذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمة غير مخلوط لان ذلك لزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسى رحمه في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الاول انه يعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقسمون غلط بل الصحيح تقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لان استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعا لكل حملة فان قيمة الثمن على القيمة يكون وقت البيع الا ان يكون قيمة يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء ورده شمس الائمة بان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين اعتق احدهما ما في بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار الى معرفة ذلك بالتقويم في اول الاوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا ههنا يصار الى معرفة قيمة كل في اول وقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم ان الخلط يزيد في مال احدهما وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك احدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الامثال فيحيل حق كل منهما يوم الخلط كما لبائع في المثل الى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما يوجد من كل منهما بخلاف ما اذا لم يخلطا لان تقوم ملك كل منهما وقت البيع هناك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع **قوله** واذا اراد الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقد الشركة مفاوضة او عنانا فقيل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول ابي يوسف لا يجوز الا ان يكون مضافة الى حال بيعهما العروض بالدراهم فانه يجوز لانه مضاف الى المستقبل وعند محمد يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فلما ثبت العقد بالدراهم والحق ان جواز هذا لا يخص بقول واحد منهما وقد توارث كلمة اهل المذهب عليه وهذا لان المانع من كون راس مال الشركة عروضا كل من امرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة راس المال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف فيكون كل ما يربحه الآخر ربح ما هو مضمون عليه ولا يحصل جهالة في راس مال كل منهما لانه لا يحتاج الى معرفة راس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك

قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان تشترك اثنان في نوع او طعام او يشتركا في عموم التجارات لا يذكران الكفالة والتقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه وكما ينعقد على الكفالة لان اللفظ مشترك من الالفاظ يقال عن لداي اعرض هذا لا ينفي عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال لحاجة القيم وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان التفاضل في الربح مع التساوي في المال ربح مال لم يضمن فان المال اذا كان بين شريكين نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بالضمان اذ الضمان بقدر رأس المال وكان الشركة عندهما في الربح لشركة في الاصل فحظ فصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما اصنع وادرى واكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فتمس الحاجة الى التفاضل يجوز في اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد عن الشركة وعن المضاربة ايضا لان قوله اشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة حيث اذ بعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فالحاصل ان فعلنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال ولا يجوز ان يعقد كل واحد منهما بعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليس بشرط فيه

بالخرز فيقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل واحد يحصل من الثمن بينهما نصفان على هذا فقول المصنف وهذا اشتراك ملك مشكل ومن المشائخ من جزم بانه قصد الى الخلاف حقيقة اختيارا منه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريق الخلاف كما قال القدوري في دل الكتاب ويستحب للمتوضئ ان ينوي الطهارة فقال البدع والنية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف وكذا اختار شمس الائمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفساده بالعروض ليس لذات العروض بل للازم وهو بيع مال المضمن وجهالة رأس مال كل منهما الباطل وعلمت انه منتف **قوله** وهذا شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع من التجارات بزا وطعاما ويشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة لانها خاصة بالمفاوضة فعلى هذا لو ذكراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم يكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عنانا ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان يعتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا ثم كفالة كل الآخر زيادة على نفس الشركة كما انها تكون عنانا مع العموم باعتبار ان ثبت فيها عدم اعتبار العموم للاعتبار عدم العموم اللازم الا ان قد يرجح بان هذه الكفالة بمجهول فلا تصح الا ضمنا فاذا لم يمكن مما تضمنها الشركة لم يمكن شبوتها الا قصدا فلا يصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بلفظ المفاوضة بيان ذكر اكل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح لان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة **قوله** من عسن لي كذا اي عرض قال امرؤ القيس ✦ فعن لنا سرب كان نعاجه ✦ عذارى دوار في ملاء مذيل ✦ اي عرض لنا سرب اي قطيع يريد به من بقر الوحش كان نعاجه عذارى اي ابكار دوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفتحها وقوله في ملاء شبه لمعاج البقر في استرخاء لحمها لسمنها بالعذارى والملاء المذيل اي الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضي مساواة بل عروض غرض تعلق بقدر من الاختلاط قليلة وكثيرة وعمومه وقيل ماخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي فانه جعل كلا منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه او يجوز نقاوتهما في المال والربح كما تتفاوت العنان في كف الفارس طولا وقصرا في الارخاء وضده الا انه اشتقاق غير صحيح الا فيما سمع ولا بد منه كما في استحجر الطين وامثاله **قوله** وتصح ان يتساويا في راس المال ويتفاضلا في الربح وعكسه بان يتفاضلا في راس المال ويتساويا في الربح وهو قول احمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله يتفاضلا الربح ليس على اطلاقه بل ذاك فيما اذا شرط العمل عليهما سواء عملا او عمل احدهما او شرطاه على من شرط له زيادة الربح وان شرط العمل على اقلهما بحالا يجوز وجه قول الثلاثة ذلك يودي الى ربح مال المضمن لان استحقاق احدهما الزيادة بالضمان لان الضمان بقدر راس المال وصار كالوضيعة فانها لا تكون الا على قدر راس المال اعتبارا للربح بالخسران ولنا ما ذكر المشائخ من قوله عليه الصلوة والسلام الربح على ما شرطاه والوضيعة على قدر المالين ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشائخ ينسبه الى الدراية ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واكثر عملا او كلا فلا يرضى بالمساواة فتمس الحاجة الى التفاضل وانما هذا العقد اعني شركة العنان تشبه المضاربة من حيث انه بالعمل في مال غيره وهو الشريك ويستحق به وتشبهه شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة في اشتراط الزيادة لاحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا او مع الآخر وان كان ربحا بالضمان وبشبه المفاوضة حتى اجزنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال يبطل اعتبار شبهها الآخر الذي باعتباره اجزنا الزيادة في الربح لاحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لاحدهما فانه لا يجوز لان العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة

[illegible]

ايضا الى قوله ان شرط للعامل كلها او فسخ الخ كذا في بعض النسخ وفي بعضها ان شرط رب المال الا ان يريد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يجوز شبهها الا ان يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل تارة بالمال والمشروط له الزيادة شروط عملوا ان شرط عمل الآخر لكن قد يكون ذلك حذق واقوى الخ قوله اذ الاثبات اي لفظ العنان لانه يقتضي المساواة ولا ينبئ عنه ليعتبر في مفهومه فلذا جاز ان يعقدها بكل بعض مال ويجوز اذا كان من جنة احدهما دانير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جنة احدهما بيض من جنة الآخر وان تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرطا فيه تساويا او تفاوتا على قدر قيمة دراهما بالشرط الذي يملكه قوله واذا هلك مال الشركة قبل ان يتصرفا فيه بطلت الشركة وكذا لو هلك احد المالين قبل الخلط او قبل الشراء هلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد المالك او يد شريكه لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز وتبطل الشركة اما الاول فلان مال كل واحد منهما قبل الشركة وقبل الخلط باق على ملكه وانما بطلان الشركة فلان المعقود عليه عقد الشركة هو المال الا ان التعيين لا يتعين بالتعيين في الشركة الا بالوصية فيهلك المعقود عليه فيبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا تتعين المال فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشتريا للموكل حتى لو هلك المال بعد الشراء لم يرجع عليه بمثله اما لو هلك قبل الشراء فانما يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن دينا في ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال احترز بالمفرد عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تبطل بهلاك الشركة وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه امين الشريك الذي لم يهلك له لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا بشركة هو ايضا في ماله تقديرا لبقاء ما فاذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضيا به عند عقد الشركة فيبطل العقد لعدم فائدته وهو الاشتراك فيما حصل قوله فان اشترى احدهما بماله ثم هلك ماله الآخر فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع مشتركا لقيام الشركة وقت الشراء لان الهلاك لم يقع قبله فيبطل فيختص المشتري بما اشتراه فلا تتغير الحكم اي حكم الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة الواقعة في هذا المشترى بعد هلاك مال الآخر شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد فانها شركة ملك عند حتى لا ينعقد بيع احدهما الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلكت قبل الشراء بمال الآخر وليس الامر كذلك الشراء وقع للمالك فيلزم الفراغ للمالك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد رح وعليه اقتصر المصنف ان هلاك مال احدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بعد الشراء بالمالين واذا وقع المشترى على الشركة يرجع على شريكه بحصته من الثمن لانه اشترى نصفه لرب الكالئ ونقد الثمن من مال نفسه وقد بينا قريبا هذا اذا اشترى احدهما بعد الهالكين او الكل هلك المال الآخر اما اذا هلك احدهما شيء الآخران جرحا بالوكالة في عقد الشركة بان قال لا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بالمالين فهو شركة بينهما كذا اصوره وفي المبسوط فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فتكون شركة ملك وهذا جمع في المبسوط بين التناقض لواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد رح في بعض المواضع فان اشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فجعل محل الاول اذا لم تكن في الشركة وكالة مصرح بها ومحل الثاني اذا صرحا بها على ما ذكر وقوله لما بيناه يريد قوله لانه وكيل فيه من جهته الخ قوله ويجوز اي الشركة وان لم يخلطا المال وبه قال مالك واحمد رح الا ان مالكا شرط ان يكون تحت يد هما بان يكون في حانوت لهما وفي يد وكيلهما وقال زفر والشافعي لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا والاصل على الشركة وانه اي الشركة في الاصل على معنى الاشتراك بالخلط لما سلف من ان سببها الاختلاط او الخلط على ما حققناه فلا تتحقق شركة بلا اختلاط وقد اتفقنا على ان المعتبر في كل عقد شرعي ما يقتضي اسمه قال المصنف لان اسمه يدل على كون الربح فرع المال اصلا كبيرا لها حتى تفرع عليه اعتبارا لاتحاد الجنس فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير ولا اذا كان لاحدهما بيض وللآخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا تتميز مال احدهما عن الآخر ولا يجوز

ولما ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لا العقد يسمى شركة فوجد من يحقق معنى هذا الاسم فيه فليكن الخلط شرطا لان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح
بالمال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف حاصل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا
يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة المتقبل **قال** ولا يجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يربح الا قدر المسمى
لاحدهما ونظيره في المزارعة **قال** ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستأجر على العمل التحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه
لانه معتاد ولا يجوز للتاجر منه بدا **قال** ويدفعه مضاربة لانها دونها في الشركة فيقتضيها وعن ابي حنيفة رحمه الله ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل
لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجر رجلا اولى لانه تحصيل بدون ضمان فهو دونها في الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله **قال** ويوكل من يشتري
فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة فجاز ان يوكل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

التفاضل في الربح مع التساوي في المال لاختلاف الشركة في الاصل والفرع والشركة في التقبل والاعمال لعدم المال **قوله** ولما ان الشركة في الربح مستندة
الى العقد دون المال حاصل تقرير الشافعي ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة
يضاف الى علة العلة وانت تعلم ان الاضافة الى علة العلة لطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علته لما عرف ان لا اثر للعلة البعيدة في الحكم
وحقيقة الاضافة اولى بالاعتبار من مجازها في حكم مبني على الاضافة وانما وجه التقرير المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا
الا الى العقد الشرعي الذي بحل تصرف في مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف في المال معناها
انه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بمفيد لنا اذ هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك ان حله انما يضاف الى العقد
الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للمتصرف كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل
الا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي ليسمى شركة فتحقق معناه بما بغيده شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معا لان احدهما
عن الآخر ليكون علة لعلة بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة علة والكلام ليس الا فيه فاذا كان كذلك فلا يتوقف الاسم على خلط المال
لان اعمال العقد شرط لتحققها خارج عنه ثم قال المصنف لان الدراهم والدنانير لا تتعينان يعني الشراء بهما فيه الربح حتى جاز ان يرفع خسيسهما
فلم لكن الربح مستفادا العين راس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط تحققت في المستفاد بدونه اي بدون الخلط
فصار كالمضاربة تتحقق الشركة في الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لانه العقد
في المحل قلنا انما بطلت لعارض اخر وهو ان بهلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يطابه بهلاك المبيع قبل القبض فاذا كان الاصل هو العقد
لا المال لم تشترط اتحاد الجنس ولا التساوي في راس المال ولا في الربح وصح شركة التقبل **قوله** ولا يجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من
الربح قال ابن المنذر لا خلاف في هذا الا حد من اهل العلم ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى
فيكون اشتراط جميع الربح لاحدهما على ذلك التقدير واشتراط لاحدهما يخرج العقد من الشركة الى قرض او بضاعة على ما تقدم وقوله ونظيره في المزارعة
يعني اذا شرطا لاحدهما قفزانا مسماة بطلت لانه عسى ان لا يخرج الا رض غير ذلك **قوله** ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال
لانه معتاد في عقد الشركة من المشاركين ولان له ان يستأجر على عمل التجارة والتحصيل للربح بغير عوض دونه وانه اقل ضررا فاذا ملك ما هو اكثر
ضررا ملك ما هو اقل وظهر ان لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف **قوله** وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا سنة في بعض
الاوقات والمضائق **وقوله** يدفعه مضاربة لانها دونها في الشركة لان المتبعة في الشركة يلزم الكل ولا يلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة
وعن ابي حنيفة رحمه الله برواية الحسن انه ليس له ذلك لانه نوع شركة في الربح والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة في الربح غير مقصودة
فانما المقصود تحصيل الربح فصار كما اذا استأجره باجرة ليعمل له البعض اعمال التجارة بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك
بخلاف الشركة فان احد الشريكين لا يملك ان يشارك غيره في مال الشركة لان الشيء لا يستتبع مثله وورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده
فتجد اذا المقرض والمتقبل يمثلها والناسخ مثل المنسوخ فاجيب ان ملكهما ذلك ليس طريق الاستتباع بل باطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتدار ليس صلوحا الا
مستتبعة لصلاحيتها على تلك مبنية عليها وحقيقة الناسخ مبين لا مغير على انه ليس زان الحق فيه تماثل السبب والكل واحد ان تشتري النسبة وان ان الشركة في

قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة

استحسانا وليس لاحد شريكي العنان ان يرهن او يرتهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له بخلاف المفاوض لان يرهن ويرتهن على شريكه فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين عليهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يديه وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع على شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وانشاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاستيفاء وكذا اذا باع احدهما فليس للآخر قبضه وللمديون ان يمتنع من دفعه اليه يريد من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما ان يخاصم فيما اداه الآخر او باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا ان يوخر دينا فان آخره لم يمض على الآخر وكذا لا يمضي اقرار احدهما بدين في تجارتهما الآخر فان اقر وانكر الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان او مباشرا وان اقرا انهما وليا ه وانكر الآخر لزمه لنصفه ولو اشترى احدهما شيئا فوجد به عيبا لم يكن للآخر ان يرده لان ذلك من حقوق العقد ولو اخذ احدهما مالا مضاربة اختص بربحه لان مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد احدهما لصاحبه انه ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويمضي اقراره عليه شارك شركة عنان ويمضي على الآخر بخلاف شريكي العنان ويجوز قبض كل من المفاوضين ما اذانه الآخر او اداناه او وجب لهما على رجل من غصب وكفالة او غير ذلك او يريد بيعه اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما عليه صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا اول الباب ولكل من شريكي العنان ان يوكل من تصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من اعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل صريحا بالشراء ليس له ان يوكل به لانه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لاحدهما ان يعمله اذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله فان عمله ضمن نصيب شريكه ولهذا لو قال احدهما اخرج وسياطا ولا تجاوزها فجاوز فهلك المال ضمن حصة شريكه لانه تقبل حصته بغير اذنه وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعد ما كان اذن له فيه **قوله ويده** اي يد الشريك مطلقا في المال يد امانة لانه قبض المال لا على وجه البدل والوثيقة فيكون امانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء فانه قبضه على وجه اعطاء البدل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثق بدينه فيضمن بذلك الدين واذا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة وكان امانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التعجيل الا في مسائل احداها اذا مات احد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده لا يضمن لشريكه نصيبه والاخرى في السير اذا وقع الامام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات فتذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى **قوله** وقد روح في اختلاف المتفاوضين قد علم انه ليس لاحد المتفاوضين ان يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير وانه من شركتهما ولو ادعى على آخر انه شارك مفاوضة فانكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان اقام البينة فشهدوا انه مفاوضة او زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما او قالوا هو بينهما نصفان قضي للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكرنا مقتضاه الاقسام ما في يده فيقضى بذلك فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثا مما في يده واقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند ابي يوسف لان ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضي عليه في اثبات الملك لا تقبل الا ان يدعي تلقي الملك من قبل المقضى له كما لو كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذو اليد عينا في يده انها له خاصة ووهب شريكه منه حصته واقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقي الملك منه ولو ادعى انه مفاوضة والمال في يد المدعى عليه فاقر وقضي عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده او ميراثا او هبة واقام بينة قبلت والفرق لابي يوسف ان ذا اليد

قال وهما شركة الصنائع ويسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان تقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان هذه شركة لا يفيد مقصودها وهو التقبل لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا للمالك وزفر رحمهما الله فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز في القياس لا يجوز لان الضمان بقدر المال فالزيادة عليه في الربح مال يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه لكنا نقول ما يأخذه كل واحد منهما لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بما قوم به فلا يحرم تجلة في شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ماله يضمن لا يجوز الا في المضاربة

مقرا بالمفاوضة بدع للميراث ولا بينة لهما فالبينة بينتهما وقد اثبت دعواه بالبينة وفي الاول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه الا ترى انه لو لم يكن اقام البينة في صورة الانكار لم يتحالفا ويخصمه واذا بات احد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحي ذلك فاقاموا البينة بذلك لم تقبل لهم لانهي فيما في يد الحي لانها شهدت العقد على ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت احدهما ولانه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لان المفاوضة فيما مضى لا توجب ان يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما الا ان يقيموا انه كان في يده في حيوة الميت وانه من شركتهما فانهم حينئذ يشهدوا بالنصف للميت وورثته خلفا وحينئذ لو كان المال في يد الورثة فجحدوا الشركة فاقام الحي البينة على المفاوضة واقاموا البينة ان اباهم مات وترك هذا ميراثا من غير ابنها لم تقبل لانهم جاحدون فاما ان يقيموها على النفي وقد اثبت المدعي الشركة فيما في ايديهم فيقضى له بنصفه وصح عن الائمة ان هذا قولهم جميعا ولو قالوا مات جدنا وترك ميراثا لابنها واقاموا البينة على هذا الا تقبل في قول ابي يوسف وتقبل في قول محمد كما لو كان المفاوض حيا واقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة فاذا افترق المتفاوضان فاقام احدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه ان قاضي بلده كان قضى بذلك عليه وسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين فاقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه او غيره فان كان من قاض فاجدوا علم تاريخ القضائين اخذ بالآخر وهو رجوع عن الاول تقضاه والا لم يعلم وكان لقضاء من قاضيين لزم كلا منهما لقضاء الذي انفذه عليه لان كلا منهما صحيح ظاهرا فيجاسب كل صاحبه بما هو عليه وبزاوان الفضل **قوله واما شركة الصنائع** ويسمى شركة التقبل وشركة الابدان وشركة الاعمال فنحو الخياطين والصباغين ولتشتركان في ان تقبل كل الاعمال ونحو الصباغ والخياط ليتعاونان ذلك ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها اي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية اي الشركين وهو التمير اي الربح لانه لا بد في الربح من راس المال لانه يبتنى عليه على ما قررنا وفي الخلاف في عدم اشتراط الخلط ولنا ان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل ايضا كما مر فجاز بالتوكيل بان يوكل كل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل اصيلا في نصف العمل متقبلا وكيلا في نصف الآخر فتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو كسبه وان عمل احدهما كان العامل معينا الشريك فيما لزمه بتقبله عليه وهو جائز لا المشروط مطلق العمل الاعم المتقبل بنفسه او بكفايته بنفسه الا ترى ان نحو الخياط يتقبل لم يستاجر من يعمله ويدفعه الى مالكه فتطيب له بالاجرة ومن صوره هذه الشركة ان يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس ان لا يجوز لان من احدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لان التقبل من صاحب الحانوت عمل **قوله ولا يشترط فيه** اي في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك لما ورد عليه انه قدم في اشتراط الخلط ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو بناء على اشتراط نفسها اتحاد العمل والمكان اجيب بان عن زفر في جواز شركة التقبل روايتان ذكر هما في المبسوط فقرع رواية المنع على شرطها الخلط وذكر هنا شرطه في تجويزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله لان المعنى المجوز لشركة التقبل من كون المقصود تحصيل الربح لا تتفاوت بين كون العمل في دكانين او دكان وكون الاعمال من اجناس او جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجبه **قوله ولو شرطا العمل نصفين** يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا جاز لشرطه كون الشرط بالعكس مشروطا عليه العمل في القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل اذ المال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لاحدهما ربح مال لم يضمن فلم يجز كما لم تجز شركة بوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشتري باوجوه وانما يكون التفاضل يجري فيما اذا شرط التفاوت في تلك المشتري فان اشتركا على انما اشتراه كل يكون للآخر نصفه

قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسانا والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة ووجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان لما ذكرنا ان ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجير بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما شركة الوجوه والوجوه ان يشترك اثنان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت بذلك لانه لا يشتري بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وائتمنوه وصفة الوجاهة لا تتم ولا تتحقق الا بالوكالة والكفالة في الابدال واذا ثبتت تكون عنانا لان مطلقها يتضمنهما حتى يأخذ عن تلقاء الشافي ويرجع والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة النقد قال وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية وهو ليس بولي عليه فتعين الوكالة فان شرطا ان المشتري بينهما نصفان والربح كذلك جاز وكل واحد منهما ضامن لما يلحق شريكه من خسران في تجارته لان الخسران في الوجوه يكون على قدر المال وان شرطا ان يكون المشتري بينهما اثلاثا والربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالضمان وربح المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستحقاق الذي يلقى العمل على التعيين بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواهما الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان ربحه بيننا اثلاثا والربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بيناه والضمان على قدر المال في المشتري وكان الربح الزائد عليه بهما مالم يفض الى ما لم يضمنوا به اشتراطه لان الشائع في الشائع لا يصح اشتراطه والوجوه ليست بمحل لاستحقاق العنان لانه في مقابلة احد الشريكين كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيجب ان يكون الربح بينهما على قدر المالين

فقط فيقتسم الربح على قدر رؤسهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لان حقيقة الربح انما يكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو ههنا مختلف لان راس المال عمل والربح مال فانما يقال له ربح مجازا وانما هو بدل عمله والعمل تتقدر بالتقدير ان يجب للمتراضي فاقدر لكل هو ما وقع عليه التراضي ان يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا اذا كان احدهما في العمل واحدى وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما عملا وصححوا الجواز لان الربح للعمل لا لحقيقة العمل ولذا لو مرض احدهما او غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف يعلم وقوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق فان الربح بدل ما هو مال فيتحقق التفاوت في الربح ربح ما لم يضمن وهو لا يجوز الا في المضاربة على خلاف القياس هذا ما قيل لم يجز العقد وصار شركة الوجوه يعطى ظاهره بطلان العقد لشرط الزيادة والوجه ان تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل اجر فانه نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ما ذكر في شرح الطحاوي فقال وينبغي ان يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرطا خلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان لصاحب الثوب ان يأخذ الشريك بعمله وللشريك الذي لم يتقبل العمل ان يطالب رب الثوب مثلا بالاجرة ويبرأ الدافع بدفع الاجرة اليه فان كان انما عمل الذي تقبل قال لم هذا وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل باجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة ظاهر فيما اذا عقد شركة الصنائع مفاوضة وفي غيرها وهو ضمان ما اذا اطلقا الشركة او قيدا بالعنان استحسانا فلا فرق في ثبوت هذه الامور بين المفاوضة والعنان فيهما والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص عليها او على معناها وبهذا علمت ان لا فرق بين اطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في ان المنعقد عنان والكفالة تقتضي المفاوضة ووجه الاستحسان ان هذه الشركة اعني شركة الصنائع تقتضية للضمان في القدر الذي ذكرنا لانها تضمنت توكيل المتقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الاجرة بعض ما يسمى الآخر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى هذا العقد عنانا ان كان مجرى المفاوضة في ضمان العمل عن الآخر واقتضاء البدل وان لم تتقبل ضرورة بخلاف ما سوى هذين الامرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو آجر احدهما بدين من امر الصناعة كخياطة صابون او صبغ او بذر للعمالة عن عملهم او اجرة بيت او دكان مدة تضمنت لا يصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب لمفاوضة ولم تتحقق هنا ثلاثة لم يتقبلوا اعمالا ثم جاء احدهم بعمله كله فله ثلث الاجرة ولا شيء للآخرين لانهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلثه فاذا عمل الكل كان مقطوعا في الثلثين فلا يستحق الاجر قوله واما شركة الوجوه فالربح فيها على قدر ما يشتري كل واحد منهما بوجوههما اي بجاههما والربح بينهما لان الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير ان الواو انقلبت حين ضمت ضمة تعسر للموجب لذلك ولذا كان ورثة عمل وانما تكون مفاوضة بان يكونا من اهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا في الربح ويتلفظا بلفظة المفاوضة او ذكر ما يقتضيها تاما كما سلف فتتحقق الوكالة فالكفالة في الابدال اي الاثمان والمبيعات وان فاتت شيء مما ذكرنا كانت عنانا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتعارفه عملا ومعنى الشافعي ومالك قد مر الوجه من الجانبين تقدم في شركة الاعمال وقولنا صحة العقد باعتبار الوكالة وتحصل كل من الآخر بالشركة على ان يكون المشتري بينهما نصفين او اثلاثا صحيح فكذا الشركة انتهى فتضمنت هذه الوكالة تقدم معنى الثاني في غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة ان في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان

فصل في الشركة الفاسدة ولا يجوز الشركة في الاحتطاب ولا اصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وهي هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المال المباح باطل لان ام المؤكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره ثم لا يصلح ناقلا عنه فما يثبت للملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذ احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلع احدهما وجمعه الآخر او قلع احدهما وجمعه الآخر فللمعين اجر المثل بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه

مع ان الربح في كل منهما من فصل لاصل فيفرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح عامل شبه المضاربة في العنان في اجارة فقادت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما جوز تا زيادة ربح احدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه احدهما عامل في مال الآخر وعلى هذا فالتعليل الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس والالم يجز الحاق غيره به بل نقول الربح يستحق شرعا باحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان في ربح مال الضمين للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وح يسقط اعتراض بعضهم بانه لو جاز ربح مال الضمين في العنان لشبهه بالمضاربة تصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم يجوزها الا وانها الى ربح مال الضمين لان في جعل اس مال الشركة عروضا ربح مال الضمين لا في مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من اول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع اجيب بانه لا يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا والله اعلم

فصل في الشركة الفاسدة اضافة الشركة الى الفاسدة اضافة الصفة الى الموصوف وجه تقدم الصحيحة على الفاسدة ظاهر **قوله** ولا يجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وكذا الاحتشاش **قوله** والتلصص وسؤال الناس وما اصطاده كل واحد منهما واحتطبه واصابه من التكدي فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح كاخذ الكلاء والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعه من ارض مباحة والحصا او الملح او الثلج او النحل او المعدن او الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على ان يلبنا من طين غير مملوك ابلبنا اجرا ولو كان الطين ملكا او سمكا من الزجاج فاشتركا على ان يشتريا ويلبنا ويبيعا جاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عندنا لان احدهما لا يستحق الا بعمل واحد وهو شركة الابدان كالصباغين يؤيده ما روى ابو داود عن ابن مسعود قال اشتركنا انا وسعد وعمار يوم بدر فلم اجئ انا وعمار بشيء وجاء سعد باسيرين فاشرك بيننا النبي صلى الله عليه وسلم اجيب بان القسمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله فيمتنع ان يشترك هو الا في شيء منها بخصوصه وفعله عليه الصلاة والسلام انما قبل القسمة او انه كان قد ما يخصهم على قول البعض الشافعية ان غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر **قوله** لان المؤكل به اي باخذ المباح غير صحيح لعدم ملكه ولا ولايته والوكيل يملكه اسبق يملك المباح بدون امر المؤكل فلا يصح الوكيل نائبا عن المؤكل لان التوكيل اثبات ولايته لم يكن ثابتة للوكيل وهنا لم يوجد هنا فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة وهو استشكل التعليل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز مع ان الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب ان الوكيل ليس قادرا باعتبار آخر وهو شغل ذمة المؤكل بالثمن لولا الوكالة فيما ثبتت له ولاية ان شغل ذمته به بعد ان لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا ان التوكيل بما يوجب حقا على المؤكل يتوقف على اثبات الولاية عليه في ذلك الكلام في التوكيل بخلافه وانما الوجه ان الشرع جعل سبب ملكه المباح سبق اليد اليه فاذا وكله به فاستولى عليه سبق ملكه لملك الموكل والموكل قبل عليه هنا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فاذا كان قصده لملك غيره فلم يكن المغنم بجواب بان الطلاق بخوقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث لا فرق بين قصد وقصد **قوله** فان اخذاه مجيعا الخ ثم خلطاه او جاءا فقسم الثمن على كيل او وزن ان لكل منهما وان لم يكن موزونا ولا مكيلا يقسم على قيمته ان كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في ايديهما فالظاهر انه بينهما نصفان والظاهر شاهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر وان اعان احدهما صاحبه في العمل لا غير شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما واعانه الآخر بان قلع احدهما وجمعه الآخر او قلعا احدهما وجمعه والآخر حمله فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك **قوله** وقد عرف في موضعه اي في كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول محمد ان المسمى مجهول اذ العمل يتفاوت من الحلب

قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية ليستقي عليها الماء فالكسب بينهما والوضيعة الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار مملوكا للمحرز وهو المستقي فقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجرة وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال وبطل شرط التفاضل لان الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الربح تابع المبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي لا يستحق على قدر رأس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها ليتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة مجانا وفي ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر كما انه عزل قصدي والله اعلم

يعيبان وهل يعيبان شيأ او لا والرضا بالجهول لغو فستقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فلزمه اجر مثله بالغا ما بلغ وابو يوسف يقول بقول محمد فيما اذا لم يعيبا شيأ وفيما اذا اصابا انه ان كان اجر مثله اكثر فهو قدر رضي بما دونه من النصف وكونه مجهولا في الحال فهي حالة على شرف الزوال فانه على عرض ان يصير معلوما عند الجميع ويسير بخلاف ما اذا لم يعيبا شيأ فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاوت حالا ومآلا فيجب حق اجر المثل بالغا ما بلغ وقوله لانه يجاوز به بفتح الواو على البناء للمفعول وقوله لنصف ثمن ذلك بالرفع لانه هو النائب عن الفاعل **فرع** لما كلب فارسلاه فما اصاب بينهما ولو كان لاحدهما وارسلاه جميعا كان ما اصابه لمالكه **قوله** واذا اشتركا ولاحدهما البغل وللآخر راوية ليستقي عليها الماء وما يحصل بينهما لم تصح الشركة اعلم ان الراوية في الاصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يرويه وقيل رويت للقوم اذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المضمومة تنقل الماء فعلى الاول ان يكون لمذا جمل والآخر بغل فاشتركوا على ان كلا يؤاجر ما كل واحد فما رزقوا فهو بينهما وذلك باطل لان حاصل معنى هذا ان كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتي على ان ثمنه بيننا ولو صح بهذا كانت الشركة فاسدة ثم ان اجراها اجرا معلوما صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل اجر البغل ومثل اجر الجمل لان الشركة لما فسدت والاجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة بدل معلوم كان الاجر مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على ان يقبلا الحمولات المعلومة باجرة معلومة ولم يؤاجر البغل والجمل كانا صحيحة لان شركة التقبل والاجر بينهما نصفان ولا يعتبر بزيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا تعتبر في شركة التقبل زيادة عمل احدهما كصباغين لاحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الاعمال ليعملا بتلك الآلة في ذلك البيت وان اجر البعير او البغل بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد فاوجبه الاجر على المتحمل والنقل كان له اجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر على قول ابي يوسف بالغا ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى رجل ليؤاجرها والطعم الدابة بينهما نصفان فان الاجر كله لمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا ان تقديره انه قال بع منافع دابتي ليكون الاجر بيننا ثم الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامره وللعاقد اجر مثله لانه لم يرض ان يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع اليه دابته ليبيع عليها طعاما للمدفوع اليه على ان الربح بينهما نصفان فان الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة اجر مثلها لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه اجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب الطعام لانه كسب له وعلى الثاني ان يكون لهذا البغل وللآخر مزادة فاشتركا على ان يسقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال احمد والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل المزادة ان كان صاحب البغل واجر مثل البغل ان كان صاحب المزادة وجمع المزادة مزاود ومزايد ايا ما فساد الشركة فلما ذكرنا على احراز المباح وهو نقل الماء واما وجوب الاجر فلان المباح صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه اجره **قوله** وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال كالف لاحدهما مع الفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا وان كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل مال الآخر وشرطا الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل ويقسم نصفين بينهما لان الربح في وجوده تابع للمال وانما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال الموكد له ونظيره البذر في المزارعة والربح الزيادة **قوله** واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لما قلنا ولانها كانت اوعانا اذا قضى بلحاقه على الثبات حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وان لم يقض لتقاضي بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه فهو على الشركة لان مات او قتل انقطعت ولو لحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فان لم يقض لتقاضي ببطلان حتى سلم عادت المفاوضة

فصل وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بادائه الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا فمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف في المأمور بادراء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الآمر بنفسه لانه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك كالوتوى زكوته لتعلقه بذمة الموكل وافقا يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وجب الآمر لم يضمن المأمور علم او لا وكذا في حنيفة رح انه مأمور بادراء الزكوة والمؤدى لم يقم زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب ان الظاهر انه لا يلتزم الضرر لا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل بادائه وعرى اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي دام لا احصارا فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا ودفع الاحصار

فان بانت بطلت من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عنانا عند ابي حنيفة لا وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي وانما بطلت الشركة بالموت لانها تتضمن الوكالة اي شرط ابتدارها وبقاءها بقاء ما هو ضرورة فانها لا تتحقق ابتداء الا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا ببقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل لو كالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الاصل وبطلانها بالالحاق لانه موت حكمي على ما بينا من قبل في باب احكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لانه عزل حكمي فان لملكه يتحول الى ورثته علم موته او لا فلا يمكن توقفه وقد نفذه الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة وما لهما دراهم او دنانير حيث يتوقف على حكم الآخر لانه عزل قصدي لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتعقيبه بما اذا كان مال الشركة دراهم او دنانير لانه لو كان عروضا فلا رواية في ذلك عن اصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فان كان مال المضاربة دراهم او دنانير صح نهيه غير انه يصرف الدراهم بالدنانير ان كان راس المال الشركة دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح فجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بان مال الشركة في ايديهما معا وولاية التصرف اليهما جميعا فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه عن التصرف في حال الغيبة اذا كان عروضا بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عروضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه **فرع** انكار الشركة فسخ وقوله لا اعلم فسخ حتى لو علم الآخر كان ضامنا لقيمة نصيب شريكه وفي الخلاصة قال احد الشريكين لصاحبه اذا اردت ان تشتري هذه الجارية لنفسي فكنت فاشتراها لا يكون له ولو قال لوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها يكون لانهم انه فرق فقال ان الوكيل يملك عزل نفسه اذا علم الموكل رضي ام سخط بخلاف الشريك فان احد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضا صاحبه انتهى وهذا غلط وقد صحح هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكرنا في التجنيس فان احد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها الا برضى صاحبها وفي الرضا احتمال يعني اذا كان ساكتا والمرجح جهالة وقوع المشتري على الاختصاص والشكل وعلى هذا ما ذكره في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رؤوسهم او اموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي فاشترى كل واحد منهم ان اخر على ان ثلث الربح له والثلثين بينهم اثلاثا ثلثاه للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشيء فاقتسموا ولم يزل العمل معهم هذا الى ان حتى خسر المال او استهلكه فاراد الغائب

ان يضمن شريكيه لا ضمان عليهما وعما بعد ذلك لانه رضا بالشركة لان هذا الحصص من السكوت

فصل لما كانت احكام هذا الفصل بعدت عن الشركة اذ ليست من امور التجارة والاسترباح افردها بالفصل واخره **قوله** واذا اذن كل لصبي كاتبا اذا حال الحول فحال فادى وقد ادى الاذن المالك ضمن لشريكيه ما اداه علم باداء الاول او لم يعلم عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ما لم يعلم باداءه هكذا ذكره في كتاب الزكوة من المبسوط وقال لو لوالجي ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم واداء المالك نصف في زيادات الاتقاني ان عندهما لا يضمن علم باداءه او لم يعلم وقال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا الى رجل ليكفر عنه فكفر الامر بنفسه ثم كفر المامور وعلى هذا المامور باداء الزكوة وهذا الخلاف فيما اذا اديا على التعاقب فان اديا معا ضمن كل نصيب الآخر عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات التعابي وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكوة كل منهما تقع بها اداء نفسه واداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل والظاهر انه لا فرق لان بعد التسليم

قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فلا بأس بغير شيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه اشترى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن مقابلة الملك وكذا ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هو الاصل لامكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن طيبة نصيبه بتمكين الوطء لا يحل الا بالملك ولابي حنيفة رح ان الاذن بالبيع للابتياع انما يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عرفا للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد وكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا تقضي دينا عليه مما لا بد منه والبائع ان يأخذ ايهما شاء بالثمن لانهما متفاوضان لان وجب بسبب التجارة والمفاوضة تتضمنها الكفالة تضامنا كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

ان اداة تنصيص عمل الوكيل فهو لا يتعرل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولها في نفاذ الكتاب انه اداها مجاز لا مر والامضاء مع الامر ولابي حنيفة ان انما امر بادائها مأمور بادائها مأمور بزكوته لانا نقول ليس بنائب مطلق وكيل لان وجوب زكوته يتعلق بامر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الا الاداء ولهذا لو دفع الى رجل بغير امر صاحبه بهادينا عليه ثم ادى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار اليه كدم الاحصار اذا فوج المأمور بعد زوال الاحصار ولابي حنيفة انه مأمور بادائها والمؤدى بعد ادائها زكوة فصار مخالفا هذا لان الظاهر ان لا يلزم الضرر بتفصيل المال الا لدفع الضرر الديني وقد خلا اداؤه عن ذلك فصار بادائه معزولا علم اولم يعلم لانه عزل حكمي لا يتوقف على العلم كالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا واما الزمتم به من المثلين فقيل يمنع تسليم ابي حنيفة الجواب فيها بل قوله بالضمان فيهما وقيل بل هو على الاتفاق والفرق ان الدم ليس بواجب على الآمر المحصر لانه يمكنه ان يصير حتى يزول الاحصار او يرسل الهدي ولم يدركه ليفعل افعال فاعل الهدي انما في ذمته الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه وامساكه الدين فالفرق انه امر بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وان كان الاخذ وكيلا وهنا الدين امانة في يده لا يكون مضمونا في ضمن مال مضمون على القابض ثم لصير الضمان اقصاصا وقد وقع ولم ثبت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى ان هذا لم يقع عن قوله فليس في وسعه ايقاعه زكوة فكان المأمور به دفعه الى المصرف بقيد كونه عن الحكيما وهو ان يعتقد انه موقوف على كون الآمر صحيح يدفعه يقينا يوجد زكوة وسيجيء وقد فعل لما امره بادائها زكوة كان مؤديا لما فاوضه بادائها الى الاداء وقع المأمور به فيما اخر حتى ادى لا يمكن تباشره مسببا لوقوعها عن زكوته ولا يخفى ما فيه فتدبر اذا اذن احد المتفاوضين لاخر ان يشتري جارية ويطأها ففعل وادى جميع ثمنها من مال الشركة فهي للبيع عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع البائع شركة بنصف ما ادى لانه ادى دينا عليه من مال الشركة لان الملك فيها له خاصة لطعام المرأة وان الجارية دخلت في الشراء على الشركة وجب المفاوضة اذ لو امكان تغيير فكان كما لو اذن له بالاستدانة بنفسه بهذا الاذن بالوطء تضمن هبة نصيبه منه اذ لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع الفاسد من الجانبين لما بينا من عدم ملكها تغيير مقتضى العقد ولان الشركة لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعا واستشكل بانه لو ثبت الملك حكما لاحد الشريك

قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلم اليه

وعنه بها حبسها الى ملك غيره اليوم الوقوف انتظم بذا بيان حكمه وسياتي تمامه فلا حاجة للافراد وهنا ايضا وانما قلنا او حرف متنقيها لان الوقف يصح لمن يجب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لابد في آخره من القربة لشرط التابيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل الفراغ الاغنياء بلا تصدق وبسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا بين الاحياء وفي الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز واما شرطه فنوعان شرط في سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا والاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز ان يعطي لمساكين المسلمين اهل الذمة وان خص في وقفه مساكين اهل الذمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا ان خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على ان من اسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك لخصاف فلا نعلم احدا من اهل المذهب تعقبه غير ستاذي الترسوسي شيخ بارع جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سببا للحرمان وهذا بعيد من الفقه فان شرط الواقف معتبرة اذا لم تخالف الشرع والواقف مالك له ان يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله ان يخص صنفا من الفقراء دون صنف وان كان الوضع في كلهم قربة ولا شك ان التصدق على اهل الذمة قربة حتى جاز ان يدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا وان يدفع الى صنف منهم دون صنف من الفقراء ارايت لو وقف على فقراء اهل الذمة ولم يذكر غيرهم اليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولي الى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله والاسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه لهذا المال والاسلام سبب لهما والمالك شرط صحته وقفه ان يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان للفقراء ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك خلافا وعامتهم خالف ابا حنيفة في الوصية فانه انما شرط ان يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو انكر فشهد عليه ذميان عدلان في ملتهم قضي عليه بالوقف ولو وقف على ان يحج به او يعتمر لم يجز لانه ليس قربة عندهم بخلاف الوقف على سجا بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم اما المرتد اذا وقف حال ردته ففي قول ابي حنيفة موقوف ان قتل على ردته او مات بطل وقفه وقول محمد اذا انتقل دينا يجوز منه كالخيرة لابل ذلك لدين اما المرتدة فلا بو حنيفة يجيز وقفها لانها لا تقتل واما المسلم اذا وقف وقفا صحيحا في اي وجه كان ثم ارتد ببطل الوقف ويصير ميراثا سواء قتل على ردته او مات او عاد الى الاسلام الا ان اعاد الوقف بعد عوده الى الاسلام وحكى الخصاف في وقف المرتد خلافا بين اصحابنا مبنيا على الخلاف في الذمي تزندق بهوديا او نصرانيا او مجوسيا قال بعضهم امره على اخباره واقر الجزية عليه لانه ان اخذته بالرجوع فانما اردته من كفر الى كفر ولا اسلم ذلك وقال بعضهم لا اقر على الزندقة واما الصابئية وان كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا الا الدهر فهم صنف من الزنادقة وان كانوا يقولون بقول اهل الكتاب صح من وقوفهم ما يصح من اهل الذمة وجميع اهل الاهواء كلهم من اهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم اهل الاسلام الا ترى الى قبول شهاداتهم على المسلمين فهذا حكم باسلامهم واما الخطابية فانا لم نقبلها لانه قيل انه لا تشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لانهم يتدينون صدق المدعي اذا حلف انه محق ومن شرط الملك وقت الوقف حتى لو غصب رضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ووقع تسليمها اليه او صالح على مال دفعه اليه لا يكون وقفا لانه انما ملكها بعد ان وقفها بذا على انه هو الواقف اما لو وقف ضيعة غيره على جهات فباع الغير فاجاز جاز بخلاف الحكم او التسليم او عدمه على الخلاف الذي سنذكره وبذا علم ان المراد بجواز وقف الفضولي كذا الوصي لو جعل ارض قوم قفا فالموصى لبهائي الحال ثم مات الموصي لا يكون وقفا وكذا

قال ره الوقف لغة هو الحبس بقوله وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة رح حبس العين على ملك الواقف التصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يخرج الوقف اصلا وعند

لو باع ارضا على انه بالخيار الى وقت فمضى فيها المشتري فوقفها ثم اسقط البائع الخيار لا يجوز الوقف وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وسيأتي

فروع آخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه ان لا يكون مورعا عليه حتى لو حجر القاضي على مفلسه او دين فوقف ارضا له لا يجوز لان حجره لما لا يجوز عن ملكه ليضر بارباب الديون وبنفسه كذا اطلقها الخصاف فينبغي انه اذا وقفها في المرض لنفسه على نفسه ثم لجهة يتقطع ان يصح على قول ابي يوسف وهو الصحيح عند المتقدمين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا واما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو اجر ارضا حامين فوقفها قبل مضيه لزم الوقف بشرطه ولا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من الجهات وكذا لو رهن ارضه ثم وقفها قبل ان يفكه لزم الوقف فلا يخرج لا يخرج عن الرهن بذلك لو اقامت سنين في المرتهن ثم افتكها تعود الى الجهة فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما يفتك به افتك ولزم الوقف وان لم يترك وفاء بطل الوقف وفي الاجارة اذا مات احد المتواجرين يبطل وتصير وقفا وامام شرطه الخاص لخروجه الملك عند ابي حنيفة الا اضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به او ان يلحقه حكم به وعند ابي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا او دارا عند محمد ذلك مع كونه موبدا متسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة وسلمها الى متول فامار كنه فالالفاظ الخاصة كان يقول ارضي هذه صدقة موقوفة موبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه ولا باس ان نسوق شيأ من الالفاظ كالارضي هذه صدقة او قال تصدقت بارضي هذه على المساكين لا يكون وقفا بل نذرا يوجب التصدق بعينها فان فعل خرج عن عهدة النذر والا ورثت عنه كمن عليه زكوة او كفارة فمات بلا تصدق ورثت عنه وموقوفة فقط لا يصح الا عند ابي حنيفة فانه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء وهو قول عثمان البتي واذا كان مفيد الخصوص المصرف اعني الفقراء لزم كونه موبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول ابي يوسف ونحن نفتي بقوله ايضا لكان العرف وبهذا يندفع رد هلال قول ابي يوسف بان الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فيبطل لان العرف اذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو كان موقوفة على الفقراء صح عند هلال ايضا لزوال الاحتمال بالتخصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة او حبس م لو كان في حبس مثل هذا العرف يجب ان يكون كقوله موقوفة وكذا اذا قال للسبيل ان تعارفوه وقفا موبدا للفقراء كان كذلك والا فلا فان قال اردت الوقف صار وقفا لانه محتمل لفظه او قال اردت بمعنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها او بثمنها وان لم يرد كما سنة بيانا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا عمل به والا سئل فان اراد الوقف فهي وقف او الصدقة فهو نذر وهذا عند عدم النية لانه ادنى بما ثبت به عند الاحتمال اولى واعترضه في فتاوى الخاص بانه لا فرق بينهما وذكر في احدهما اذا لم يكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى ان كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لان المنذور به اذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا الا ان اقتصر على تمام التفصيل في احديهما والا فلا شك ان في كل منهما اذا لم يكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وابو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند اهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس او محبوسة موقوفة لانه يحتمل ان يكون كناية فكان كافراد لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه تمر لا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصح للكلام مع ذلك موبدا وهو موضع اتفاق مجيري الوقف على انها العبارة الوافية الا ان قوله في الاسرار لو لم يقل موبدا كان وقفا على قول عامته

وهو المنقول في الاصل وهو الاصح انه جائز عنده لانه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

من يجوز الوقف ليفيد ان فيه خلافا ولا يخفى فان التابيد ان يجعله في اول الامر او آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك قوله موقوفة لعدم تمام صدقة موقوفة قوله قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به حاكم اي يخرجه عن ملكه او علقه اي علق الوقف بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول بمجرد القول الذي قد مناصحة الوقف به وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه بعد ذلك القول وبه اخذ مشايخ بخارى واذا لم يزل عند ابي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس الا التصدق بالمنفعة ولفظ حبس الخ معنى لان له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الوقف الا شبيه التصدق بمنفعته وله ان يترك ذلك حتى شاء وهذا القدر كان ثابتا قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان ابو حنيفة لا يجيز الوقف وهو ما اراده المصنف بقوله وهو المنقول في الاصل يعني المبسوط فح فتقول من اخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند ابي حنيفة رح لا يجوز صحيح لانه ظهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن له اثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم ان قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الاحكام التي ذكر عنه انها احكام ذكر الوقف فلا خلاف اذن فابو حنيفة لا يجيز الوقف اي لا يثبت الاحكام التي ذكرت له الا ان يحكم بها حاكم وقوله بمنزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان اخرجه الى غيره فذلك لغير ليس هو المتوفى لمنافعه فرع تثبت الوقف بالضرورة وصورته ان يوصي لغلة هذه الدار للمساكين ابدا او لفلان ولبعده للمساكين ابدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه انها كقوله اذا مت فقد وقفت داري على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد ولا يخفى انه لا حاجة سوى الى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد ولان ملك الله تعالى في الاشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضي خان الا ان عند ابي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف الا الى مالك وللشافعي قولان وهو رواية عن احمد فينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان اهلا للملك لا امتناع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية ان هذا قول آخر للشافعي واحمد لانه عم قال حبس الاصل هو سبيل الثمرة انتهى وهذا احسن الاقوال فان خلاف الاصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو كسر وجه لا الى مالك وثبوت ملكه او ملك غيره فيمنع منعه من بيعه وهبته وكل منها له نظير في الشرع مقبول فان من الاول المسجد وغيره ومن الثاني ام الولد الملك فيها باق ولا يباع ولا توهب ولا تورث وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما ممكن ان يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان يقين الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى تحقق المزيل ولم تحقق فان الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق باصله مع انه ليس على ظاهره والا لخرج الى مالك آخر ثم رأينا غير بنية بقوله ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها اي بالثمرة او الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم تخلص وليس يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدل به المصنف وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل انه ثبت قوله عليه الصلوة والسلام لعمر تصدق باصلها وقفه حبس المعنيان مختلفان لان معنى تصدق باصلها ملكه الفقير لوجه الله ومعنى حبس احبسه على ما كان ولا يمكن ان يراد بهما الا معنى احدهما والا كان عليه الصلوة والسلام مجيبا لعمر رض في حادثة واحدة بامرين متنافيين فاما ان يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه اذ لا يقول واحد من الثلاثة بملك الغير للعين فوجب ان يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول ابي حنيفة رح فيحبس على ملك شرعا واذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورة

والفقط ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارضه له ندعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن فلم حاجة باسقاط الملك وجعل الله تعالى اذله نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام بيع الحبس

حكم الحاكم الذي يريد ان يسلمه الى متولي ثم ظهر الرجوع فيخاصمه الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فان خاف الواقف ان يبيعه قاض قبل ان يحكم به يكتب في صدقات البطلة وغيره قاض فيذهب الارض باصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف بباع وتصدق بثمنها لانه اذا كتب هذا لا يخاصم احد في البطالة لعدم الفائدة لان في ذلك الوصية تحمل التعليق بالشرط واذا البطلة قاض ليصير وصية ليتبر من جميع ما كذا في فتاوى قاضي خان وينبغي ان يكون هذا اذا وقف في صحته اما اذا وقف في مرضه فينبغي ان يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في نفقته وبيعه فائدة للورثة فتحمد ما ذكر لما لم يكن وقف في المرض او كان فيه لكنه يخرج من الثلث **قوله واللفظ ينتظمهما** اي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك عدمه اذ ليس من مقتضيات لفظ وقفت وادى اوجبتها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما والترجيح اي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الادلة المذكورة من قبلها انما تفيد اللزوم لا الخروج عن الملك من قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم استدل بدليلها فذكر حديث ثمغ هو بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين بالتنوين للعلمية والتانيث وفي غاية البيان انها في كتب غرائب الحديث المصحة عند الثقات سنوا وغير سنون كما في زعمه قال محمد بن الحسن في الاصل اخبرنا الضحاك بن حمزة عن نافع مولى عبد الله بن عمر بن الخطاب كانت لارض تدعى ثمغ وقال كان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله اني استفدت مالا هو عندي نفيس فتصدق به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف وللمساكين وابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من وليه ان ياكل بالمعروف او يوكل صديقا غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين وفي الكتب الستة عن ابن عمر قال اصاب عمر ارضا بخيبر فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اصبت ارضا لم اصب مالا قط انفس منه كيف تامرني به قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر لا يباع اصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى والرقاب في سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلوة والسلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمرة ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف لحاجته الى ان يصل ثوابه اليه على الدوام وقد اشار الشرع الى اعمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي باسناده الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له والطريق الى تحقيق دفع هذه الحاجة واثبات هذه الصدقة الجارية اللازمة وتقرير المصالح تحققت حاجة استمرار وصول ثوابه ويمكن باسقاط الملك فيسقط ظاهر المنع اذ لم تتعين الملك سقوط الملك طريقا الى تحقيقه بالحكم بلزومه فلم يلزم زوال الملك عن هذا المنطق القدح فيما رجحناه من الاقوال فيما مضى ثم على تقرير ان يحصل مطلوبه الا انه اورد الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بما افتقنا لها الى ذلك لاعتقاد الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن ملك بالاجماع لا الى مالك وكذا الاعتاق ويستجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف **قوله وله** اي لابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله اسنده الطحاوي في شرح معاني الآثار الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما انزلت سورة النساء وانزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن ربيعة عن اخيه وضعفوهما ورواه ابن ابي شيبة موقوفا على علي شاهم عن اسمعيل بن ابي خالد عن الشعبي قال قال علي لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من كراع او سلاح وينبغي ان يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح للقتال الا سماعا والا فلا يجهل والشعبي ادرك عليا ورواية عنه في البخاري ثابتة واما حديث

وكان الملك باقيا فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به بزراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى من شاء فقراء ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيها بالعارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنده الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف ومخالف للمسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رحمه الله في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه لانه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشائخ

شريح فرواه ابن ابي شيبة في البيوع حدثنا وكيع وابن ابي زائدة عن مشعر عن ابن عون عن شريح جارقال محمد صلى الله عليه وسلم بيع الحبيس واخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل قوله ولان الملك الخ ظاهر ومعاد رة لجعل الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكره ليتصل الدليل بالدعوى وتقريره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به بزراعة وسكنى لغير الواقف و تعلق حقوق العباد بالعين اثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما ان يكون ذلك لملك غير الواقف اولا وانتفقنا على انه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب ان يكون ملكا للواقف وكذا الاستيفاء بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا ان يوجب موجب لامر وله خروجه عن ملكه وان تصرف بولاية غير الملك لم تثبت ذلك ثم شرح في الفرق وحاصله ان المسجد جعل لله على الخلوص محررا عن ان يملك العباد فيه شيأ غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق اجمعين اصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع به العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما الحق المسيبة بها وايضا قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف ان يكون ملكه باقيا اذ لا تصدق بالملك فاقتضى قيام الملك فاما الاعتاق فاتلاف للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الائمة ان الآدمي خلق بالكا غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها خلقت لتتملك فبالوقف لا تعود الى الاصل هو عدم المملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيده ما اختاره من عدم الخروج عن ملكه لكن ابا حنيفة رحمه الله يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزوم صدقة اوبرا ليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من ام الولد والمدبر والحق ترجح قول عامة العلماء لزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلوة والسلام لا يباع ولا يورث الخ وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر عمل الامة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك اولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة ابي بكر ثم عمر رضي الله عنه ثم عثمان رضي الله عنه ثم علي رضي الله عنه والزبير وسعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة واسما اختا دام سلمة وام حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن ابي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر الجهني راوي الدوسي وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كلها بروايات وتوارث الناس اجمعون ذلك فلا يعارض بمثل هذا الحديث الذي ذكره على ان معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه وبالجملة فلا يبعد ان يكون اجماع الصحابة العلمي ومن بعدهم متواترا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ ان الفتوى على قولهما قوله واما تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلته اذ لا تتصور التصرف فيه بما يسبع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فلا ان يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على القائلة من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط وكذا اذا قال اذا مت من مرضي هذا فقد وقفت ارضي الخ فمات لم تصر وقفا وله ان يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا مت فاجعلوها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك المنفعة من الموقوف عليه والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر وليس محذوره في اليسير الا ترى ان الوقف اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا ايضا عند ابي حنيفة وعلى ما عرفت بان صحته اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية قالوا لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية ليصح الرجوع عنها ولو قال ان قدم ولدي فعلي ان اقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء

ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزمه عند ابي حنيفة رح وعندهما يلزمه لا انه يعتبر من الثلث ولو وقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعندهم لا بد من التسليم الى المتولي لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى محال لانه مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة

به فان وقف على ولده وغيره مما لا يجوز في زكاته لم يجز في الحكم وتذره باق وان وقف على غيرهم ستغلال ان غيرهم ليس بمنزلة نفسه وليس المنع للتبرع وقوله وقف الخ اثبات النذر بالوقف فجاز على كل من ليس كنفسه فان قلت ينبغي ان لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنسه واجب قلت بل جنسه واجب فانه يجب ان تنفذ الامام للمسلمين مسجدا من بيت المال او من مال نفسه ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعليق اما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار ملكي فهي صدقة متوقفة فظهر انها كانت في ملكه وقت التكلم فانها تصير وقفا لانه تعليق على امر كائن والتعليق على امر كائن تنجيز والمراد بالحاكم المبني في قوله ليحكم به حاكم القاضي فاما الحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يرفع الخلاف فللقاضي ان يبطل الوقف بعد حكمه **قوله** ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو كالوصية بعد موته حتى يلزم بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رح الا ان يحكم به فيبيعه ويورث عنه اذا مات قبل الحكم الا انه تجيز الورثة وعندهما يلزم الا انه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة وفي فتاوى قاضي خان مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع ويتقض الوقف كما لو وقف دارا ثم جار الشفيع كان له ان يأخذها بالشفعة وتنقض الواقف انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح وعليه ديون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه ارباب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم تتعلق بحقهم بالعين في حال صحته **قوله** واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة وقول اكثر اهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لا بد لزواله من التسليم الى المتولي لان الوقف ان يجعله لله فيصير حقا له وحقه انما يثبت مسلما في ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تمليك لله تعالى والتمليك منه وهو مالك لا شيا لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة المنجزة ولا يخفى ان التمليك لله تعالى لا يتحقق لا مقصودا ولا تبعا لانه تحصيل الحاصل المستحيل شرعا لا باعتباره وحتى يحتاج الى تكلف توجيهه لان غاية ما يوجبه الدليل ما خرج الملك عن الواقف لا الى احد وتوجه الخطاب بالصرف غايته الى من وقف عليه او توجه الخطاب بترك الملك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج عن عهدة الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن ان يلاحظ التسليم الى المستحق تسليما اليه تعالى كانه تعالى جعله نائبه في قبض حقه وذلك يقبض المستحق لا المتولي كالزكوة ويمكن ان لا يلاحظ شيء من ذلك بل المقصود ليس الا فعل واجب بالوقف فلذا كان قول ابي يوسف وجه عند المحققين وهي المفتى على قول ابي يوسف وهذا على قول مشايخ بلخ واما البخاريون فيأخذون بالقول محمد كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي ابو عاصم يقول قول ابي يوسف حسن حتى المتولي اقوى لانه قال وقول محمد اقرب الى الموافقة الآثار يعني ما روي ان عمر جعل وقفه في يد حفصة غير ذلك وروى في المبسوط بانه لا يلزم كونه فعله لتتم الوقف بل لتسهل وخوف التقصير في امره وكذا جميع من نصب للمتولين لا لحظ له غير تفريغ نفسه من امره واما قول محمد رح لتتم قبل المتولي صارت يد الواقف مستحقة عليه للتبرع لا لصالح سببا للاستحقاق على التبرع فجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب للخروج مما في يده يوجب عليه استحقاق يده كتعلق العبد الكائن في يد سيده المعتق له والناذر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها توجب عليه اخراج احدهما من يده ونفذه امور شرعية لا عقلية ومبانى على هذا الخلاف ما ذكر من ان للواقف اذا شرط الولاية في غزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولاولاده واخرجه من يده وسلمه الى متولي فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرط الوقف ولو لم يشترط ذلك لنفسه واخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذا الوصاة وله رضي غاء ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو اراد الواقف ان يعزل القيم ويرده ولنفسه او لولي غيره ليس له ذلك قال ابو يوسف الولاية للواقف وله ان يعزل القيم في حياته ويولي غيره او يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف يبطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم

قال واذا صح الوقف على اختلاف فيه وفى بعض النسخ واذا استحق مكان قوله واذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه لانه لو دخل فى ملك الموقوف عليه لا يقف عليه بل ينفق بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه ما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رحمه الله وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذى سبق ذكره قال ووقف المشاع جائز عند ابى يوسف لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تمامه وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز بالاتفاق عند محمد رحمه الله ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا فى المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل ايضا عند ابى يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى لان المهايأة فيهما فى غاية التعذر بان يقبضه الموتى سنة ويخرج سنة ويصلى فيه فى وقت ويتخذ اصطبلا فى وقت بخروف الوقت لا يمكن الاستغلال او قسمة الغلة

الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند ابى يوسف بدون التسليم الى القيم تم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيلا وله ان يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قيما فى حياته وبعد موته وكذا القضاء عليه ما قال بدا للمتولى ان يخرج المسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد قوله واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا فى قول عن الشافعى واحمد انه يدخل فى ملك الموقوف عليه اذا كان اهلا للملك الا انه لا يباع ولا يتملك والمختار الاول لانه لو دخل فى ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذى هو الواقف لانه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للاجر على ما سنة قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المعلى قوله اى القدورى خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما لان الصحة غير اللزوم وهو لم يقل اذا لزم خرج من ذلك الواقف ليكون على قول الكل بل قال اذا صح وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف احكام العقود فقد يكون حكمه اللزوم كالبيع والاجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والكتابة تحجر بالصحة عن اللزوم قوله ووقف المشاع جائز عند ابى يوسف وعند محمد لا يجوز والخلاف مبنى على الخلاف فى اشتراط تسليم الوقف فلم يشترطه محمد قال لعدم صحة المشاع لان القسمة من تمام القبض ولا بد من القبض فوجب وعند ابى يوسف لا يشترط قبض المتولى فلا يشترط ما هو من تمامه فمن اخذ بقول ابى يوسف فى خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ اخذ بقوله فى بنده فمن اخذ بقول محمد فى ملك وهم مشايخ بخارا اخذ بقوله فى وقف المشاع واما الحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة المنفذة اى المنجزة فى الحال فانما لا يكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة فرق ابو يوسف بان اشتراط القبض فى تبنيك لما فيها من التمليك للغير واما الوقف فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلا تمليك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما ان يحتمل القسمة او لا يحتملها فيما يحتملها اجاز ابو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها اتفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا او مقبرة مطلقا اى سواء كان مما يحتمل القسمة او يحتملها والخلاف مبنى على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فما لم يشترطه ابو يوسف جاز وقفه وما شرطه محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض لا يرى ان الشائع كان مقبوضا لما كان قبل ان يقبضه لكن يمنع من تمام القبض فلهذا منعه محمد رحمه الله عند امكان تمام القبض فى ذلك مما يحتمل القسمة فانه يمكن ان يقسم اولا ثم يقبضه وانما اسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقيق التسليم فى حقه وانما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا او مقبرة لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز وقف المشاع فيما يحتمل القسمة يحتاج فيه الى التهايؤ والتهايؤ فيه يؤدى الى هجر المسجد ويجوز ان يكون المكان مسجدا سنة واحدا بالتهايؤ سنة ومقبرة عاما او مزرعة عاما او مسقاة عاما واما البئر فليس بلازم من المهايأة بل ليس له ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضى بالقسمة وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند ابى حنيفة رده ويتهايئون وعندهما يقسم واجمعوا ان الغلة لو كان وقفا على الارباب اراد وا القسمة لا يجبرون وكذا التهايؤ عليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم باعيانهم او ولده ونسله ما تناسلوا واذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط فاذا انقرضوا كما ترى وتوضع غلتها للمساكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى ان يكريها ولو زادت على قدر حاجة سكناه نعم له الاعارة لاغير ولو كثر اولاد الواقف وولد ولده ونساؤه حتى ضاقت الدار عليهم ليس لهم الا سكناها بالقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا واناثا ان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور ان يسكنوا نساءهم معهم وللاناث ان ليس لهن ازواج معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم ان يقسم بينهم ولا يقسم فيها مهايأة انما سكناه لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم ومن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الاخر موضعا كفيه لا يستوجب اجرة

ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رح كان الشيوع مقارنا كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه في المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء معين بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع وهذا جائز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رح حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رح اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسم منهم لها ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك والله يتابد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت في اليوم وكلا ابي يوسف ان المقصود هو القرب الى الله تعالى وهو موقوف عليه لان القرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع وتارة بالصرف الى جهة تتابد فيصح وقيل ان التابيد شرط بالاجماع لان عند ابي يوسف رح لا يشترط ذكر التابيد لان لفظة الوقف الصدقة مبنية عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق وهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسم هذا هو الصحيح وعند محمد رح ذكر التابيد شرط لان هذا اصل في الصدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التابيد فلا بد من التنصيص

حبسته على السكان بل ان احب ان يسكن معه في نفقة من تملك الدار بلا زوجة او زوج ان كان لاحدهم ذلك الا ترك للتصنيف وخرج او جلسوا سواء كل في البقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشروح والفروع في اوقاف الخصاف ولم يخالفه احد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور وانما اعني الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء او قبله على قول ابي يوسف رح فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف دون الآخر عليه ان يقفه ثانيا قوله ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه يعني شائعا بطل الوقف عند محمد رح لان استحقاق ظهر ان الشيوع كان مقارنا للوقف كما في الهبة اذا وهب الكل ثم استحق البعض بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل ثم رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فانه لا يبطل الباقي لان الشيوع طارئ واذا بطل الوقف في الباقي رجع الى الواقف لو كان حيا والى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف ان يبيع ذلك ويشتري ثمنه ما يجعله وقفا ولو كان المستحق جزءا معينا لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع فهذا جائز في الابتداء ان يقف ذلك الباقي فقط وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة لو استحق منها جزء شائع بطلت ولو استحق العينين لا تبطل ولو كانت الارض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ووقفاها الى وال ليقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لان الكل صدقة غاية الامر ان في ذلك مع كثرة المتصدق قبضا والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كما لو تصدق به رجل واحد سواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لهما والها على حدة لا يجوز لانهما صدقتان فان كلا منهما تصدق بنصيبه بعقد على حدة الا ترى انه جعل لنصيبه والها على حدة ومثل ذلك في الصدقة المستفادة ايضا الا ترى حتى لو تصدق بنصفها شائعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لان قبض كل منهما لاقى جزءا شائعا فلذا اقبض الوجهين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحدا فسلماها اليه جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض مجتمع قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رح حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لاحتمال ان يخرب الموقوف عليه وقال ابو يوسف اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسم هذا الكلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف رح على قول ابي يوسف لقوله ان موجب الوقف يعني بعد التسليم الى المتولي عند محمد رح وبعد الحكم عند ابي حنيفة رح زوال الملك بلا تمليك وزواله لم يتابد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له كما لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقا فانه انما يلزمه لو قال يجوز انقطاعه وعوده الى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة او الى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال اذا انقطعت صارت للفقراء ثم نقل القدوري انما هو على ما ذكره المصنف رح عنه حيث قال وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الا ان ابا يوسف رح لا يشترط ذكر التابيد لان لفظ الوقف والصدقة يبنيان عنه لما بينا انه ازالة الملك كالعتق وعندهما يشترط قال المعلم هذا هو الصحيح عند محمد ذكر التابيد شرط لان الصدقة بالمنفعة انما تكون صدقة بالغلة ان لم يكن ذكر السكنى وقد يكون ذلك موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التابيد فلا بد من التنصيص عليه فلا بد من التنصيص وكان الاولى ان يولي هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر دليلهما الاولى او ابا يوسف الاول فانا نبين الرواية عن ابي يوسف بان بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف او ذريته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند ابي يوسف فمنها ما في المبسوط لو اذا تصدق على امهات اولاد في حياته وجعل لمن يسكن بعد وفاته وای امرأة تزوجت منهن وخرجت منتقلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لمن في الغلة الآن قال فان لم يتزوج بقي منهن كان ميراثا على فرائض الله عند ابي يوسف لما بينا انه توسع في امر الوقف فلا يشترط التابيد فاشترط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد

قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه

عنده فاما عند محمد رحمه الله يجوز بشرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا ان يحيل ذلك وصية لبعد موته فيجوز كالوصية لكن لمعلوم داره لبعد موته مدة معلومة فانه جائز ان يلزم ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل الناطفي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن ابي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى ولذا عرف عن ابي يوسف من جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق اصلا ومنها ما ذكر في البراكة قال ابو يوسف اذا افترض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فحصل عنه روايتان واما الشرط الذي تقدم وهو قولهم من تزوجت او خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها زوجها او مات او عادت بعدا انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها باحد هذه الصفات فلا يعود الا ان نص على ذلك فيقول فان عادت او فارقت عاد ما كان لها **قوله ويجوز وقف العقار** وهو الارض بنيته كانت او غير بنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعا فيكون وقفا مهادا في دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكر هما في الخلاصة وفي فتاوى قاضي خان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل اولا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها وغيره ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف ايضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة مفروغ منه بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق ولا يدخل الزروع كلها الا ما كان له اصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجرة تقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض اصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدور والمقي سرقينه ورماده ولا يدخل مسيل ماء في ارض مملوكة او طريق وقوله لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وقفوه قدمنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسائهم وقفوا واسانيد ما ذكورة في وقف الخصاف ومنها ما تقدم من وقف عمر رضه رضه سمع واخرج ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن ابيه ان الزبير بن العوام رضه وقف دار الى المردودة من بناته قال والمردودة هي المطلقة والفاقدة لسلة مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضا جلبها لابن السبيل صدقة واخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الارقم المخزومي انه كان يقول انا ابن سبع الاسلام اسلم ابي سلاح سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام ويفيها دعا الناس الى الاسلام واسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب رض فسمت دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده وذكر انه نسخة صدقة بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم ابي ان قال لا تباع ولا توهب ولا تورث وفي الخلافيات للبيهقي قال ابو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق ابو بكر رض بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر رض بربعه وتصدق سعد بن ابي وقاص بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رض بر ومنه فهي الى اليوم وعمرو بن العاص بربط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على ابي حنيفة في عدم اجازته الوقف **فرع** اذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد استغنى بشهرتها عن تحديدها **فرع** اخر وقف عقارا على مسجد او مدرسة بنيا مكانا لبنائها قبل ان يبنيها اختلف المتاخرون والصحيح الجواز ويصرف غلتها الى الفقراء الى ان تبنى فاذا بنيت ردت اليها الغلة فان من الوقت على ولد فلان ولا ولاد حكمو الصحة وتصرف غلته الى الفقراء الى

ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رحمه هذا على الارسال قول ابي حنيفة رحمه وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رحمه معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد رحمه يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف رحمه معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس أدراعه واقتاله في سبيل الله تعالى وظاهره رهن حبس ذراعه في سبيل الله تعالى ويؤدى واكراعه والكراع الخيل ويدخل في عكة الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح من يتخذ

ان يوله لفلان قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول كذا قال القدوري قال المصنف وهذا على الارسال اي على الاطلاق قول ابي حنيفة رحمه ثم قال القدوري وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز والاكرة الحراثون وكذا سائر آلات الحراثة اذا كانت تبعا للارض يجوز لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود منها وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب الطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا وكذا الكثير يستثنى حمل المد ولو عرض لبعضهم فتعطل عن العمل ان كان الحمار جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بها والا لا نفقة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر ليعمل كما لو قتل فاخذ ديته عليه ان يشتري بها اخر ولو جنى احدهم جناية فعلى القيم ان ينظر ان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه او فداه من مال الوقف واذا افداه بقيمة تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لاهل الوقف من الدفع والفداء شيء فان فداه كان متطوعين ومحمد مع ابي يوسف يعني فلا معنى لافراد ابي يوسف لانه لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده اي عند محمد فتجويزه تبعا للعقار اولى وضمير انه للشان الا الوقف ضيعة فيها البقر وعبيد له ولم يذكر سهم فانه لا يدخل شيء من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف قال محمد يجوز حبس الكراع وهي الخيل والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه ايضا في ذلك على ما قالوا وهذا الاستحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل من شرط التابيد والمنقول لا يتابد وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه اي الكراع والسلاح منها قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين عن ابي هريرة لما بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الا ان كان فقيرا فاغناه الله وانا خالدا فانكم تظلمون خالدا وقد احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله واما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو علي ومثلها ثم قال اما شعرت ان اعمام الرجل صنو ابيه اما ذكر المصنف من ان طائفة حبس ذروعه وفي رواية ادراعه فلم اجده وان لم يعرف جمعه على كراع لان فعالا لا يجتمع على افعال بل على افعل كعقاب واعقب انما ذكره في الصحاح صفتي جمع قال والجمع الكرع ثم اكارع الا ان الطبراني اخرج عن ابن المبارك ثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن عمر بن هبيرة الفزاري قال لما حضرت خالد بن الوليد رضي الله عنه الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي الا ان اموت على فراشي وما من عملي ارجى من لا اله الا الله وانا مشترس بها ثم قال اذا انا مت فانظروا سلاحي وفرسي اجعلوه عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه ما من عملي شيء ارجى عندي بعد لا اله الا الله من ليلة بتها وانا متترس بها انتظر الصبح حتى اغير على الكفار واذا عرف هذا فالاولى ان يمثل بالدابة لان العرب يغزون عليها مع انه روي ان اعمى جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابا معقل جعل ناضحه في سبيل الله وانا اريد الحج افاركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبيه فان الحج والعمرة في سبيل الله والحاصل ان وقف المنقول تبعا للعقار يجوز وامامه مقصودا ان كان كراعا او سلاحا جاز وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وان كان متعارفا كالجنازة والناس والقدوم وثياب الجنازة وما يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال ابو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى لقاضي خان وقف بناء بدون ارض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاف بالعيد ان الارض اذا كانت مقررة للاحتكار جاز فانه قال في رجل وقف بناء دار له دون الارض انه لا يجوز قبل له فما تقول في حق القرار في حق رجل وقف بناء نخلة دون الارض قال ان كانت الارض لجاتة في يد القوم الذين هم فيها لا يجز حتى يسلمها عن يدها فالوقف جائز لان اصحاب النخل والبناء يجوز ان يتخذوا ذلك منهم لا يتعرض لهم سلطان ولا يعجز عن انتزاعها فاما اذا كانت غلبة يأخذها ويتداولها الخلفاء ومضى عليهم لا يرون في ايديهم شيئا يجوز ولا يجوز فيما وصايا هم ويهدمون بناءها وينبون غيره فاما فان كان مثل ذلك جاز وقف البنيان فيه والا فلا وذكر في موضع آخر من فتاوى قاضي خان اذا بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها سبيلا ثم ذكر انه

وعن محمد رحمه الله يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالثياب والحيوان لقدوم والمتاع لجارية وثيابها ولقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس انما ترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رحمه يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رحمه وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه وقال الشافعي رحمه كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله يجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد منه على ما يبتاه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد بالجهاد بسنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

انما خص البناء بذلك لان العادة ان تتخذ على خشبتي النهر العام يعني وذلك غير مملوك له ثم قال وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء دون الاصل ثم نقل عن الاصل ان وقف البناء بدون اهل الدار لا يجوز لا يجوز وقف البناء في ارض بني عارية او اجارة وان كانت ملكا لواقف البناء جاز عند البعض وعن محمد اذا كان البناء في ارض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الارض وقفا عليها ذكر الكل في الفتاوى واطلاق الاجارة يعارض قول الخصاف في ارائتي الكور اللهم الا ان يحمل تخصيصها بسبب انها صارت كالاملاك على ما ذكره وسمعته وفي الخلاصة اذا وقف مسجدا على اهل المسجد قرأة القرآن ان كانوا يختلفون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع اخر لا يكون متصورا على هذا المسجد واما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه و نصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه ابو جعفر يجيزه وبه ناخذ وجه قول ابي يوسف ان القياس ياباه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه ومحمد رحمه يقول القياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعلى قول محمد اكثر فقهاء الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه كلما امكن الانتفاع به مع بقاء اصله يجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك واحمد الا انه اوقف ما لا ينتفع به الا بالاتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء رحمهم الله وبالذهب والفضة الدراهم والدنانير وليس بحلي واما الحلي فيصح وقفه عند احمد والشافعي لان خنصة رضي الله عنها اعتمت حليا بعشرين الفا فحليت على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكوته وعن احمد لا يصح وقفه وانكر الحديث وذكر ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وعارضه المعروف بان حكم الوقف الشرعي لتأبيد الابتاء غير العقار غير انه ترك في الجهاد لانه سنام الدين فكان معنى القربة فيها اقوى فلا يلزم من شرعيته الوقف فيهما شرعيته فيما نحن فيه ولانه ليس في معناهما واذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ اشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها ففي الخلاصة وقف البقرة على ان يخرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل قال ان كان ذلك في موضع غلب ذلك في اوقاتهم رجوت ان يكون جائزا وعن الانصاري وكان من اصحاب ابي حنيفة وقف الدراهم والطعام او ما يكال او يوزن يجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال تدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه ما يكال او يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة او بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكرسي الخطابة على شرط ان يقرض للفقراء الذين لا بيت لهم ليزرعوه لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء ابدا على هذا السبيل يجب ان يكون جائزا قال وعلى هذا الكثير في الرمي وناحية وسيارة الاكسية واستره الموتى اذا وقف صدقة ابدا جاز فتدفع الاكسية للفقراء فينتفعون بها في اوقات لبسها ولو وقف ثورا لانزاء بقرتهم لا يصح ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله فلو وقفه على ان يمسكه ما دام حيا ان امسكه لا يجوز ذلك لانه لو لم يشترط كان له ذلك لان المجاهد يمسك فرس السبيل ان يجاهد عليه وان اراد ان ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك ومع جعله للسبيل يعني بمثل الشرط يصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل الا اذا احتيج الى النفقة فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وبه ناخذ هذه المسئلة دليل على ان المسجد اذا احتاج الى النفقة يؤاجر قطعة بقدر ما ينفق عليه انتهى وهذا عندي غير صحيح لانه يعود النفع الذي لاجله استثنى ابو يوسف المسجد من وقف المتاع وهو ان يتخذ مسجد السبيل فيه عاما والمطلب اما يربط فيه الدواب عاما ولو قيل انما يؤجر لغير ذلك فيقول غاية ما يكون السكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه واقامة الحائض الجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له فيه تغيير احكامه الشرعية ولا شك ان باحتياجه الى النفقة لا تتغير احكامه الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا نعم ان خرب ما حوله واستغنى عنه فح لا يصير مسجدا عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح اذا لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال لانه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة ايضا يجوز وقف الطعام والجوازي على

قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف رح فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمة امتنا التمليك فلما بنيا دا ما جواز القسمة فاردفها قيدا فرازغاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه كان الوقف الى الواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء

مصالح الرباط واذا زوج السلطان او القاضي جارية الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو ان في الاول اكتسابا للوقف دون الثاني ولهذا لو زوج امة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروع الوقف المنقول وقف دار فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقفه الحمامات الا هلية قال الفقيه هو كوقف الصيغة مع الثيران وسئل ابو بكر عن وقف شجرة باصلها والشجرة مما ينتفع باوراقها وثمرها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع اصلها الا ان تفسد اغصانها فان لم تنتفع باوراقها وثمرها فانها تقطع ويصرف ثمنها الى سبيله فان نبتت ثانيا والا حرس مكانها وسئل ابو القاسم الصفار عن شجرة وقف بعض اغصانها وبقي بعضها فقال ابيس منها فسبيله سبيل غلتها وابقى متروك على حالها قوله واذا صح الوقف اي لزم وبهذا اليد يأتي منا في قول القدوري واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله لم يجز بيعه ولا تمليكه هو باجماع الفقهاء الا ان يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند ابي يوسف فتصح مقاسمة الا امتناع التمليك فلما بنيا من قوله عليه الصلوة والسلام تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو ان الحاجة ماسة الخ ولانه بالازم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا تمكن من البيع واما جواز القسمة اي عندهما فان على قول ابي حنيفة لا يجوز وان قضى القاضي بصحة وقف المشاع لانها مبادلة ومعنى المبادلة هو الراجح في غير المثليات فلا نها تميز معنى وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الى ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف عند ابي يوسف ووقف المشاع انما يجوز على قول ولو طلب الشريك القسمة لبعد موته فالقسمة الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فللقسمة طريقان احدهما ان يقاسمه القاضي بان يرفع الامر اليه ويطلب منه القسمة فيامر رجلا ان يقاسمه الثاني ان يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ان احب وهذا لان الواحد لا يصلح ان يكون متقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم بان يكون احد النصفين اجود من الاخر جعل بازاء الجودة دراهم فان كان الاخذ للدراهم هو الواقف بان كان النصف الذي هو غير الوقف هو الاحسن لا يجوز لانه يصير بائعا بعض الوقف وبيع بعض الوقف لا يجوز وان كان الاخذ شريكه بان كان نصيب الوقف احسن جاز لان الواقف مشتر لا بائع فكانه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه فقوله ان اعطى الواقف لا يجوز يصح على بنائه للمفعول ورفع الواقف ويصح على بنائه للفاعل ونصب الواقف لان المعنى فيهما انه احسن للدراهم واعلم ان عدم جواز البيع في غير القسمة فيما اذا كان قائما عامرا اما اذا انهدم ولا حاصل يعود به فيجوز لانه رجع الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظر يعني لان الوقف بعد ما خرج الى الله تعالى لا يعود الى ملك احد وانت تعلم ان قول محمد برجوعه الى ملك الواقف اولى من قوله في المسجد لان خلوصه لله اقوى من خلوصه لله من الاوقاف، ولان ذلك شرط الفائدة وتحقق انتفاعها اذا لم يكن له ريع يعاد به ولا يوجد من يستاجره فيعمره من في لك حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحال لا يمكن عمارته فهو للواقف ولورثته وان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى القاضي ان اذا كان كالقطة يتصدقون به على فقير ثم بيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فما يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروي عن محمد اذا ضعفت الارض عن الاستغلال فبيعها خير لهم بثمنها اخرى هي اكثر ريعا كان له ان يبيعها ويشتري بثمنها اخرى هي اكثر ريعا وما قول طائفة من المتاخرين فيما اذا كان المتولي على الوقف من وارث او سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيا من ذلك قالوا فالفتوى على خلافه لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في الذخيرة جوز وقف في داره وقف غرست الدار لاتباع الشجرة لعمارة الدار

قال والواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف اولم يشرط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا بقاء دثة الا بالعمارة فثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها لان الوقف على الفقراء لا يفقرهم وانما قرب امر الحكم هذه الغلة فيجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في مال اي مال شاء في حال حيوته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما بقي الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب بنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت علتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست مستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يخرج صرفها الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف والضرورة في الزيادة

قال فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا اجر القاضي عليه ما يأجر ويقدم ما قدمها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا وعلى الاول لا يفوت الا بعضه ولا يجبر المتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه ضامنا به بطلان حقه لانه في حيز التردد ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك

بل تكرى الدار ويستعان بالمغل لجواز على العمارة ثم اذا جاز بيع الاشجار الموقوفة لا يجوز قبل القلع بل بعده بكذا عن الفضلي في الاشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لانها هي الغلة بناء الوقف والبنيات لا يجوز قبل الهدم والقطع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي اذا تعين البيع كونه قبل الهدم وفعل زيادة مؤنة الهدم الا ان تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات ابي بكر بن حامد اجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره اذا استغنوا عنه

قوله والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك ولم يشترط لان الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك بشرف الغلة مؤبدا ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه في الاصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط ان يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج اليه لاداء العشر والخراج والبذور ارزاق الولاة عليها والعملة واجور الحراس والحصادين والدواسين لان حصول منفعتها في كل وقت لا يحصل الا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الائمة وذلك ان كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب برأيه الى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صك يقع الامن بالشرط قال المصنف ولان الخراج بالضمان اي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والدابة ونحو ذلك لبقاء ملك الشيء اي كان ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المغل وروى ابو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن ابي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى ان الخراج بالضمان قال ابو عبيد بهذا والله اعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع فمقتضى انه يرد العبد على البائع بالعيب فيرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة لطيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضمانا للعبد ولو مات مات من مال المشتري لانه في يده انتهى ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاء جهين قضى بالغلة للبائع وبهذا الحديث من جوامع الكلم في معناه والغنم بالغرم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله وصار اي عمارة الوقف كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها تكون على الموصى له بها

قوله ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر لهم فلا يتصور ان يلزموا العدم اجتاعهم ولعسرتهم واقرب مواليهم هذه الغلة الكائنة للوقف فتجب العمارة فيها

قوله وان كان الوقف على رجل بعينه او رجال وآخره للفقراء فهو في مال اي مال شاء في حال حيوته فاذا مات فمن الغلة ولم تؤخذ من الغلة عينا لانه رجل متعين يمكن مطالبته ثم هو يعطى ان شاء من الغلة وان شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هي بقدر ما بقي الموقوف بها على الصفة التي وقف عليها فاما الزيادة فليست بمستحقة فلا تصرف في العمارة الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض اي لا يزاد على الصفة التي كان عليها وعند آخرين يجوز ذلك على الزيادة والاول اصح لانه صرف حق الفقراء الى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة اذا احتيج اليها وتقطع الجهات الموقوف عليها لها الا ان لم يخف ضرر بين فان خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الا ان يعمل فيأخذ قدر اجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الامام فخر الدين قاضي خان وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف ظلمة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها الى القيم واصحاب هذه الظلمة يقتسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك لان عشر القيم لا يأخذه الا بطريق الاجرة فلا يستوجب الاجر بلا عمل انتهى فهذا عند ما لم يشترط الواقف اما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم

قوله فان وقف دارا على سكنى ولده او غير ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك وكان فقيرا اجره الحاكم وعمر بالاجرة بناء على ان السكنى في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمر بالاجرة تفوت السكنى اصلا وعلى الاول لا يفوت الا بعضه ولا يجبر المتنع على العمارة لما فيه من الزام الضرر باتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه ضامنا به بطلان حقه لانه في حيز التردد ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك ومو العمارة اولى من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمر بالان الجمع بين المصلحتين اولى من ابطال احدهما ولا يجبر المتنع على العمارة لما فيه من الزام الضرر باتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر فيما اذا عقد عقد المزارعة وبينا ان عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك

قال وما انهدم من بناء الوقف والمتدعى غلته احق في عمارته الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لابد من العمارة فيبقى على التابيد فيحصل مقصود الواقف فان مست حاجة اليه في الحال صرفوا فيها والا امسكها حتى لا يضيع عليه غلته وان شاء باعه فيستغل المنقود ان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى اقرب شبه الى الاول من مسجد الى مسجد ولا يجوز ان يبيع بعض المسجد بعض المسجد بحال لان الوقف لا يخرج من ان يكون ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في منافعه والعين حق الله تعالى فلا يرد ملكا الى غير حي قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف قال الامام ذكر خصاف في شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فقول ابي يوسف رحمه الله وهو قول احمد واما الثاني فقول محمد رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى وابن شبرمة وزفر والشافعي رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله الوقف باطل اصلا وقال مالك رحمه الله الوقف جائز لازم ويخرج عن ملكه ولا يورث وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل هذا اختلاف في شرائط الصحة على ما عرف في موضعه وقيل هذا اختلاف في شرائط اللزوم على ما عرف في موضعه وقيل هذا اختلاف في مسئلة مبتدأة وقيل هذا اختلاف في شرط الغلة لنفسه ثم جعلها لغيره بعد موته للفقراء وقيل هذا اختلاف في شرط الكل لنفسه ثم جعله بعد موته للفقراء سواء وقيل هذا اختلاف في شرط البعض اما الكل لا يمكن انكاره وهذا بيان مذاهب العلماء فاما دليل المسألة فقول المسلمين فقد قيل يجوز وقيل لا يجوز وقد قيل يجوز على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان شرائطه لم تفسد وجه قول من يقول انه لا يجوز ان الوقف تبرع على وجه القربة بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض الذي لا ينتفي به التبرع لا يتحقق فصار كما لو شرط لنفسه او لبعض ورثته لان الملك لا ينتقل من نفسه لا يتحقق فصار كما لو شرط لنفسه

ثم لا يكون انتهاؤه رضي سنة بطلان حتمه لان العقد في خيار الرد ويعني دلالة الانتهاء على الرضا باسقاط صفة ترددها الجواز كون انتهائه بعد القدرة على العمارة وجائه اصلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بابطال حتمه واما قال اجرها الحاكم لانه لا تصح اجارة من لا سكنى وعلله بقوله لانه غير مالك وفي تقرير دليلان احدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل ليح له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاف والآخر انه ليس بمالك للعين الاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا تحقق تملكها لعدم تملكها فاقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضي ان لا يصح اجارة المستاجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكره فالاولى ان يقال لانه تملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والا لملك اكثر مما ملك بخلاف الاعارة وبهذه الوجه والذي قبله يندفع ان الفرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة ايضا ليس له ان يؤاجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل ملكه من المنافع بلا بدل ولهذا لو استوفى شيئا ازرعا في المستقبل ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك اجارة المتولي او القاضي ونقل عن الفقيه ابي جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يستغرق يجوز اجارته وهذا في الدور والحوانيت واما الاراضي فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه ان يؤاجر وان لم يشترط ذلك فيجب ان يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا ولو لم ير فرأى الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من يستاجره بالمرة احكم بذلك في المنقول من المذهب والحال فيها تؤدي الى ان تصير نقضا على الارض كما تسقوه الرياح وخطر لي انه يخيره القاضي بين ان يعمرها فيستوفي منفعتها وبين ان يبرئها الى وقف آخر والله اعلم قوله واما انهدم من بناء الوقف وآلته وهو بالجر كالخشب والقصب قد تقدم عن قريب على ما صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج اليه وانت تعلم ان بالانهدام تتحقق الحاجة الى عمارة ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج وانما المعنى ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا في الحال صرفه اليها والا احفظه حتى تتهيأ ذلك وتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قابلا لاحد الامرين بالانتفاع بالوقف وللقرب من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى يحين وقت العمارة وان تعذرت اعادته بان خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك اقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسم بين مستحقي الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانها حق لله تعالى وحقهم في الغلة فتفطن واعلم ان عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف اما فيما اشتراه المتولي من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا الان في صيرورته وقفا خلافا والمختار انه لا يكون وقفا فللقيم ان يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت قوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف فهذان فصلان ذكرهما القدوري شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه الاول منهما جائز عند ابي يوسف وهو قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة وزفر وهو احد قولي الشافعي ابن شريح ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرأي وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري وانما نسب الى الرأي لانه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من اصحاب يوسف بن خالد السمتي البصري ويوسف هذا من اصحاب ابي حنيفة وقيل ان هلالا اخذ العلم عن ابي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي في المغرب هو تحريف بل هو الرأي بتشديد الياء لانه من البصرة لا من الري والرازي نسبة الى الري هكذا صح في سند ابي حنيفة وغيره وبقول محمد قال الشافعي ومالك الخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء او بعضها وبعده للفقراء ثم قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض لي قبض المتولي فلما شرطه محمد منع اشتراط

ولابي يوسف رحمه ما روى ان النبي عليه السلام كان ياكل من صدقته واراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط ولهذا على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه كان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان يأكل او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي التصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

الغلة لنفسه لانه لا ينقطع حقه فيه وان اشترط القبض لا ينقطع حقه فلما لم يشترطه ابو يوسف لم يمنعه وقيل مسئلة مبتدأة غير مبنية وهو اوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية ما اذا شرط الغلة لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ما صححه المصنف وقيل بل صحته تشترط الغلة لامهات اولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان فان الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولامهات اولاده حيث يجوز مع ان شرط الغلة لمن ولمدبريه كشرطه لنفسه بان حرمتهم ثبتت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم حالة حيوته متعالما بعد موته كما قال ابو حنيفة في اصل الوقف اذا قال في حيوتي وبعد وفاتي يلزم اما لو وقف على عبيده وامائه فلا يجوز عند محمد لانهم لا يتقوتون بموته فلا بقية ويجوز عند ابي يوسف كشرطه لنفسه وجه قول محمد رحمه ان الوقف تبرع على وجه التمليك للغلة او للسكنى فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لانه التمليك من نفسه لا تحقق فصار كالصدقة المنفذة بان تصدق على فقير ما وسلم اليه على ان يكون بعضه له لم يجز لعدم الفائدة اذا لم يكن مملكا على هذا التقدير لما وراءه وذلك لتقدير فكذا في الصدقة الموقوفة وكشرط البعض لبقية المسجد لنفسه بيانا ولابي يوسف ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ياكل من صدقته والاصدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فان الاجماع على ان الوقف اذا لم يشترط لنفسه الاكل منها لا يحل له ان ياكله منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف الا ان في مصنف ابن ابي شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن ابيه الم تر ان حجر المدري اخبرني ان في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم ياكل منها اهلها بالمعروف غير المنكر ولان الوقف ازالة الملك لله تعالى فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله لنفسه لانه جعل ملك نفسه لنفسه كذا قرره المصنف على ما سلف لنا في اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ينبغي ان يقرر هذا الموقوف ازالة الملك الكائن بالعين واسقاطه لا الى مالك بتغاير مرضات الله تعالى على وجه يقتضيه شرط الغير المنافي للقربة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك كما اذا بنى خانا او شرط ان ينزل فيه وسقاية وليشترط ان لا يشرب منها او مقبرة وشرط ان يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل الى نفسه صدقة روى معنى هذه الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجه من حديث المقدام بن معدي كرب عنه عليه السلام قال ما من كسب الرجل كسب اطيب من عمل يده وما انفق الرجل على نفسه واهله وولده وخادمه فهو له صدقة واخرجه النسائي عن بقية عن بحير بلفظ ما اطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث واخرج ابن حبان في صحيحه عن ابي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل كسب مالا حلالا فاطعمه نفسه او كساها فمن دونه من خلق الله فان له زكوة ورواه الحاكم الا انه قال فانه له زكوة وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه واخرجه الحاكم ايضا والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما انفق الرجل على نفسه واهله فهو له صدقة وما وقى به عرضه فهو صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى وقى عرضه قال ان يعطي الشاعر وذا اللسان اتقي وقال صحيح الاسناد واخرج الطبراني عن ابي امامة عنه عليه السلام قال من انفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن انفق على امرأته واهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر انه عليه السلام قال للرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلاهلك الحديث فقد ترجح قول ابي يوسف قال الصدر الشهيد الفتوى على قول ابي يوسف ونحن ايضا نفتي بقوله ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشائخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث اخره وجوه ولم يدفعه ومن صححه الاشتراط لنفسه ما لو قال على ان اقضي ديني من غلته وكذا اذا قال اذا حدث علي الموت وعلى دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فما فضل فعلى سبيله الكل فلك جائز وفي وقف الخصاف اذا شرط ان ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجائت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم

ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد رح الوقف جائز والشرط باطل

قيل ان يتفق ذلك هل يكون ذلك لورثته او لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرط البعض لنفسه لا يلزم كونه بعضا معينا كالنصف والربع وكذلك اذا قال اذا حدث على فلان الموت يعني الواقف فنفسه اخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من كل عشرة اسهم سهما سهم يحج به عنه او في كفارات ايماني كذا وكذا وسمى شيأ او قال اخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهما يصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سميته قوله ولو شرط الواقف ان يستبدل بها ارضا اخرى تكون وقفا مكانها فهو جائز عند ابي يوسف وله ان يبيع بالنقد والنسيئة والخصاف وهو استحسانه وكذا لو قال على ان ابيعها واشتري بثمنها اخرى مكانها وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة ان يستبدل ثانيا لانها الشرط مرة الا ان يذكر عبارة تفيد له ذلك وكذا ليس للقيم الاستبدال الا ان ينص بذلك على وزان هذا الشرط لنفسه ان ينقض من المعاليم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل ان كان له ذلك وليس للقيم الا ان يجعل له واذا اخرج مرة ليس له ثانيا الا الشرط ولو شرط للقيم ولم يشرط لنفسه كان له ان يستبدل بنفسه لان افادة الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد بشرط الاستبدال للقيم بجيرة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضي خان قول هلال وابي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من ارض الى ارض فان لم يوقف اذا غصبها غاصب واجرى عليها الماء حتى صارت بحر لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها ارضا اخرى فتكون وقفا مكانها وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها بحيث لا يحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مئونتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بارض اخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان يأذن في بيعها اذا رأى النظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا بل هو اشتراط عدم حكمه وهو الاستبداد بل هو تأبيد معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعها لانا نقول حكمه ذلك على وجه ينفذ فيه شرط الواقف شرط في اصل الوقف اذا لم يخالف امرا شرعيا وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الائمة ذكر مسئلة ثم قال وبهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهير الدين رح عنه لعدان كان ينبغي به لا يوجب بناءه مع قيام وجه غيره ولو اريد تجويزا لاستبدال لغير شرط الاستبدال فيما اذا كان الوقف كان خيرا والحاصل ان الاستبدال الا عن شرطه لا يستبدل وهو مسئلة الكتاب ولا عن شرطه فان كان لمانع خوف ان يوقف عن انتفاع الموقوف عليهم فينبغي ان لا تخلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضي خان وان كان لا كذلك بل اتفق ان امكن ان يوخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب بقاء الوقف على ما كان عليه ودون زيادة اخرى ولانه لا موجب لتجويزه لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا اذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيه على ما كان ويحمل ما نقل عن الكبير من قوله استبدال الوقف باطل الا في رواية عن ابي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب ابي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية الاستبدال الثاني فينبغي ان لا تختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضي خان اجمعوا ان الواقف اذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال اما بلا شرط اشار في السير الى انه لا يملكه الا باذن القاضي ولا يخفى ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال بنفسه اذا شرطه وفي القاضي فيما لا شرط فيه لان في اصل الاستبدال ذلك الا فهو قد نقل الخلاف وعرف من هذا ان محل ذكره عن الانصاري ما اذا لم يشرطه لنفسه ثم اذا اشترى البدل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفيته على ان ينفذه بلفظ يخصه وليس للقيم ان يوصي بالاستبدال كما يوصي اليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على ان ابيعها بقليل وكثير وعلى ان ابيعها واشتري بثمنها عبدا فباع هلال على فساد الوقف كما قال على ان يطلها او اقتصر على ان ابيعها واشتري بثمنها ارضا جاز بيعه استحسانا وكذا لو قال على ان استبدل ارضا اجر ليس له ان يجعل البدل ارضا وكذا على العكس ولو كان بارض من البصرة ليس له ان يستبدل به غيرها لان

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد رح الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

الا ان قد تختلف في جودة الارض ويبقى ان كانت احسن ان يجوز لانه خلاف الى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئا استبدل ما شاء من العقارات ولو باع الوقف بعين فاحشة لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركته وكذا لو استهلكه او ضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عوضا مما لا يكون وقفا فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه في قول ابي حنيفة وصنعه ابو يوسف اما لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقا ولو باعه بعرض فهي قياس قول ابي حنيفة يصح وقال ابو يوسف وهلال لا يملك البيع الا بالنقد وبارض تكون وقفا مكانها واذا باع الوقف ثم عاد اليه بما هو فسخ من كل وجه كان له ان يبيعها ثانيا وان عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لانها صارت وقفا كانه اشترى غيرها الا ان يكون عمم لنفسه الاستبدال لو احتاج لبيعها فحينئذ له بيعها بغير قضاء لعدم التقبض واقبل التقبض فقضاء وقفا وكذا اذا قال المشتري قبل القبض ابطلت البيع بعده فله ان يصح بالاخرى ما شاء ولو استحقت الاولى في القياس تبقى الثانية وقفا وفي الاستحسان لا لان الثانية كانت وقفا بدلا عن الاولى وبالاستحقاق انتقضت تلك لسبب دله من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفا ولو شرط لنفسه ان يستبدل فوكل به جاز ولو اوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لان في الوكالة وهي لو تمكن حلل امكنه الاستدراك بخلاف الوصي ولو شرط الاستبدال لنفسه مع اخر على ان يستبدلا معا نفذ وذلك لرجل لا يجوز ولو نفذ الواقف جاز لانه هو الذي شرطه لذلك ما شرطه لغيره فهو مشروط له كما لو نصب قاضيا بلدين كل فيها كان لكل ان يتصرف وحده ولو ان احد هذين القاضيين اراد ان يعزل الذي اقامه القاضي الآخر قال ان رأى المصلحة في ذلك كان له عزله والا فلا **قوله** ولو شرط اي الواقف الخيار لنفسه ثلاثة ايام بان قال وقفت داري هذه على كذا على اني بالخيار ثلاثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وقال محمد رح الوقف باطل وهو قول الشافعي واحمد وهلال قال المصنف وهذا بناء على ما ذكر ان يريد الاصل المختلف فيه اعني شرط التسليم فان محمدا لما شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف ولا شك ان شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لانه لا يتصور معه تمام القبض وابو يوسف لما لم يشترط تمام قبض متول ابتنى عليه جواز شرط الخيار وروي عن ابي يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد السمتي لان الوقف كالاعتاق في انه ازالة الملك لا الى ملك ولو اعتق على انه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا وكذا اتفقوا على ان شرط الخيار في البيع يبطل وتتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الهندواني على قول محمد ينبغي ان يجوز الوقف ويبطل الشرط لانه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ولكن محمد يقول تتم الرضا والقبض تتم الوقف ومع شرط الخيار لا تتم الرضا ولا القبض فكان كما لو اكراه على الوقف فلا تتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطا فيه عنده بل اقامة الصلوة فيه بجماعة وكذا في الاعتاق فان القبض فيه ليس شرطا والحاصل ان تمام التسليم في اصل الوقف ثم له هذا وقد مر ما فيه وتقييد الخيار بثلاثة ايام ليس قيدا بل ان يكون معلوما حتى لو كانت مجهولة بان وقف على انه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روي عن ابي يوسف انه قال ان بين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يوقت لم يجز الوقف والشرط ان تم الوقف مع شرط الخيار عند محمد رح فلو ابطل الخيار قبل الثلث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا والخيار يمنع التابيد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل لفيسده اذا شرط اكثر من ثلاثة ايام لامتناع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد فاذا اسقطه قبل الثلث جاز كما ذكره في فتاوى قاضي خان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف ارضا على رجل على ان يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفي فتاوى قاضيخان ايضا قال الفقيه ابو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ولو اشترى ارضا فوقفها ثم اطلع على عيب جمع بنقصان العيب لا يكون للوقف بل له ان يضحي به باشتار **فروع** اشترى ارضا على انه بالخيار فوقفها ثم اسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم اسقط البائع الخيار لا يكون وقفا ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الارض

لا الجواز

ولا فصل الولاية فقد نقض عليه قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب ذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشرط لم تكن له ولاية قال مشائخنا لا شبهة ان يكون هذا قول محمد وكان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه وقلنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه وكانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى لولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده فقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجها من يده وليس غيره لانه شرط يخالف حكم الشرع فيبطل **فصل**

قبل قبضها تم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصي ثم مات الموصي وكذا لو وقفها في الشركة الا اذا قسم وقبضها تم قبضا **قوله** واما فصل الولاية فقد نقض عليه الخ قد رد على قول ابي يوسف حيث قال او جعل الولاية اليه جاز على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا قال الامام وهو ظاهر المذهب ذكر هلال في وقفه فقال وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشرط لم يكن له ولاية قال مشائخنا لا شبهة ان هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه فهذا يدل على انه لم يثبت تصريح محمد به ولذا اطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب اورد على هذا ان مقتضى اشتراط محمد التسليم الى القيم ان لا يثبت للواقف ولاية وان شرطها لنفسه لانه بناني هذا الشرط وجوابه بين احدهما ان ويل لك ان يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها الى المتولي فان الولاية يكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوى قاضي خان وذكر محمد في السير انه اذا وقف ضيعة واخرجها عن يده الى القيم لا يكون له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه والا اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى ان قال وهذه المسئلة بناء على ان محمدا التسليم الى المتولي شرط الوقف فلا يبقى له ولاية بهذا التسليم الا ان شرط الولاية لنفسه والا على قول ابي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشترطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في الذخيرة والفتاوى والاخران معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه في الابتداء شرط التسليم عنده ايضا لان شرط الوقف نزاعي ومن ضرورته سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط ثقة وقد سنح لي وجه آخر على اشتراط التسليم عند الكل ثم استدل المصنف على قول ابي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له ولاية وغيره يستفيد الولاية فيستحيل ان يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير اجنبيا عنه فيغيب كون الولاية فيه للحاكم لي فيمن شاء ممن يصلح لذلك هو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلو الحق لله تعالى لان الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وتخريج للشافعية فلا يد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد تم قوله ولانه اقرب الناس الى الوقف فكان اولى بالولاية دليلا على ذلك فان القاضي ليس اقرب منه اليه والفرض ان الواقف عدل مأمون فهو احق من القاضي لانه وان كان الملك فهو على وجه تصدق منفعته للواقف يصرف الى الجهات التي عينها وهو انصح لنفسه من غيره فهو كمن نصب وليا وقوله كمن اتخذ مسجدا كان اولى بعمارته ونصب المؤذن وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه اما عمارته فلا خلاف يعلم فيه واما نصب الامام والمؤذن فقال ابو نصر فقيه اهل المحلة وليس لباني احق منهم بذلك قال ابو بكر الاسكاف الباني احق بنصبهما من غيره كالعمارة قال ابو الليث وبه ناخذ الا ان يريدا اما وموذنا والقوم يريدون الاصلح فلهم ان يفعلوا وذلك كذا في النوازل وتم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضي ان يخرجه نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا لو شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجه عنه وليها غيره لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مأمون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بان ما يخرج به الناظر اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضي خان لو جعل الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد موته فاوصى احدهما الى صاحبه في امر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن ابي حنيفة لا يجوز لانه انما رضي برايهما وفيهما لو جعل رضاه وقفا فمرض مرض الموت فجعل رجلا وصي نفسه ولم يذكر من امر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا تكون للوصي ولو قال

انت وصي في امر الوقف خاصة قال ابو يوسف هو كما قال فقال ابو حنيفة هو وصي في الاشياء كلها

فصل لما اختص المسجد باحكام تخالف احكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند ابي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الالحاق

واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يزول ملكه عنه ما لم يحكم به حاكم او يعلق بموته فيقول اذا مت فقد جعلته مسجدا وهذا بناء على ان الشرط عندهما التخلية وعنده القول والتسليم الى المتولي وعلى هذا الخلاف اذا جعل سقاية او خانا او رباطا وعلى هذا الخلاف اذا جعل مقبرة لا يصير وقفا عندهما حتى يدفن فيه واحد وعنده يصير وقفا بالقول ويجوز ان يصلي فيه الواحد والجماعة وعن ابي يوسف انه لا يجوز ان يصلي فيه الواحد والاثنان لان اقل الجماعة ثلاثة وعن محمد رحمه الله انه يشترط ان يصلي فيه جماعة لان المسجد انما سمي مسجدا لاجتماع الناس فيه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط ان يصلي فيه جماعة في اليوم والليلة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يشترط ان يصلي فيه جماعة في السنة مرة واحدة وهذا بناء على ان الشرط عنده التخلية وعندهما الصلاة بالجماعة لان المسجد عبارة عن البقعة التي يصلي فيها الجماعة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط ان يصلي فيه جماعة في كل يوم وليلة وعن محمد رحمه الله انه يشترط ان يصلي فيه جماعة في كل جمعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يشترط ان يصلي فيه جماعة في السنة مرة واحدة وهذا بناء على ان الشرط عنده التخلية وعندهما الصلاة بالجماعة لان المسجد عبارة عن البقعة التي يصلي فيها الجماعة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط ان يصلي فيه جماعة في كل يوم وليلة وعن محمد رحمه الله انه يشترط ان يصلي فيه جماعة في كل جمعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يشترط ان يصلي فيه جماعة في السنة مرة واحدة وهذا بناء على ان الشرط عنده التخلية وعندهما الصلاة بالجماعة لان المسجد عبارة عن البقعة التي يصلي فيها الجماعة

قال ومن جعل مسجدا لحد مسجدا لاحد ابدا ومن جعل بيتا وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فلا بأس ببيعه وان مات ورثت عنه لانه لم يخلص لله تعالى البقاء حق العبد متعلقا به ولو كان البيت لرجل اراد ان يجعله مسجدا جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان السجود يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد رحمه الله على عكس هذا لان السجود معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغلا يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف رحمه الله جواز في الوجهين جميعا حتى قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد رحمه الله حين دخل الري اجاز ذلك كذا قالوا لما قلنا **قال** وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا لانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وقال محمد رحمه الله لا يباع ولا يورث لانه وقف عنده مسجدا وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله انه يصير مسجدا لانه لما رخص بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل الاجاجم من غير ذكر

ولا يجوز رهنا عند ابي يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولي عند ابي محمد افرده بالفصل على حدة واخره هذا ويمكن ان يجعل من ذلك ايضا من لو اشترى ارضا شراء فاسدا وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه ابو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة انه لو اشترى ارضا شراء فاسدا وبنا فيها المسجد جاز عند ابي حنيفة وعليه قيمتها للبائع وقول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فيمن نقض البناء وسترد الارض الى البائع لفساد البناء لهما قال فاشتراط البناء له دليل على ان لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل وذكر هلال انه لا يصير مسجدا في قول اصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه ابو جعفر في الوقف الصغار روايتان والفرق على احدى الروايتين عند هذا القائل ان في الوقف حق العباد كالبيع والهبة واما المسجد ففي الخالص حق الله تعالى وما هو جهة لا يصلح مقاما لعبد ولهذا قالوا لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع ان ياخذها بالشفعة وكذا اذا كان للبائع حق الاسترداد كان له ان يبطل المسجد **قوله واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه**

ويأذن للناس في الصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عند ابي حنيفة ومحمد في رواية عنهما وفي رواية اخرى عنهما لا يزول الا بصلوة جماعة وعند ابي يوسف رح لا يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا ما لم يصل فيه احد لان الملك لما لم يزل بالقول فنفي محمد على اصله في اشتراط التسليم لكن لا بتعيين المتولي لان تعيينه لتحقق التسليم الى من اخرج اليد وهو العبد تعالى ولا تحقق الا في ضمن التسليم الى العبد على امر لا كل عبد بل الذي تعود منفعته اليه غير ان المتولي لقيام مقامهم في القبض ومقام الواقف في اقتباض الغلة لهم لكل وقف في العادة يقبضون ولم تجر العادة في المسجد بذلك وليس له غلة يستحقها الناس فاقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو الصلوة فيه وعلى هذا خرج عن الملك بصلوة المنفرد لان قبض الجنس متعذر فاكتفى بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا الموصى للواقف بنفسه وحده والصحيح انه لا يكفي لان الصلوة انما تشترط لاجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا صلوته وجه رواية اشتراط الجماعة انها المقصود بالمسجد لاطلاق الصلوة لانها تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بالصلوة الجماعة ولهذا اشترط كونها باذان واقامة عندهما ولو جعل له واحد موذنا واماما فاذن واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان ادار الصلوة على هذه الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره بعد صلوة الموذن هذه ان تعاد الجماعة لمن ياتي بعده وذلك لوجه عند البعض وقولنا لا تعيين المتولي يفيد انه لو سلمه الى متول جعله له صح وان لم يصل فيه احد وفيه اختلاف المشائخ والوجه الصحة لان بالتسليم الى المتولي القبض يحصل تاما بالتسليم الى يد نفسه تعالى لدفع يده عنه وجه ابي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج في الملك بلا حكم ما سياتي بان لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت ارضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لان لفظ الوقف لا ينبئ عنه والصدقة ليس معناها الا التصدق بالغلة وهي معدومة ولا يصح بل الوقف ينبئ على الابقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج الى حكم الحاكم لاخراجه عن ملكه الى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فانه ليس بنبيء على البقاء الملك فيحتاج الى القضاء بزواله فاذا اذن في الصلوة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ويقتضي هذا ان احدهما لانه لا يحتاج في جعله مسجدا الى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك به قال مالك واحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته او حبسته ونحو ذلك لانه وقف على قربة فكان كالوقف على فقراء ونحن نقول ان العرف جار بان الاذن في الصلوة على وجه العموم والتخلية تفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما الى ضيفه او نثر شكرا كان اذنا في اكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم يجر عادة فيه بمجرد التخلية والاذن بالاستغلال لو جرت به في عرف اكتفينا بذلك كمسئلتنا والثاني انه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن بالصلوة فيه ولم يصل فيه احد لا يصير مسجدا بالاجماع وهو عبد ابو يوسف رح على اصله من زوال الملك بمجرد القول اذن في الصلوة ولم يأذن ويصير مسجدا لانه اسقاط كالاعتاق وبه قالت الائمة الثلاثة وينبغي ان يكون قول ابي يوسف ان كلا من مجرد القول والاذن كما قالا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا لما ذكرنا من العرف **قوله ومن جعل مسجدا**

قال (ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه خرج عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت من الحق رجع الى اصله فانقطع تعرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى

سرداب وهو بيت يتخذ تحت الارض لغرض تبرد الماء وغيره او فوقه بيت ليس احدهما للمسجد ولا يبيعه ويورث عنه او مات وورثه عنه او مات وورثه بابه الى الطريق لبقاء حق العبد متعلقا به والسبيل خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شئ لله تعالى فكان فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بالانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكرنا اذا كان السفل مسجدا فان لصاحب العلو حقا في السفل حتى يمنع صاحبه ان ينقب فيه كوة او يتد فيه وتد اعلى قول ابي حنيفة وبالتفاهم لا يحدث فيه بناء ولا مالم يؤذن صاحب العلو واما اذا كان العلو مسجدا فلان ارض العلو ملك لصاحب السفل بخلاف ما اذا كان السرداب او العلو موقوفا لمصالح المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تتمة مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروي عن ابي حنيفة انه اذا جعل السفل مسجدا دون العلو جاز لانه يتأبد بخلاف العكس وهذا التعليل لا حكم يوجد الشرط فان التأبيد شرط وهو مع المقتضي وانما يثبت الحكم بهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد وعن محمد من عكسه لان المسجد معظم وهو تعليل بحكم الشئ وهو متوقف على وجوده وعن ابي يوسف انه جوز ذلك في الاولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن وكذا عن محمد لما دخل الري وهذا التعليل صحيح لانه تعليل بالضرورة وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس فيه اذنا عاما لان بيعه ويورث عنه لان المسجد لا حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه الاربع كان له حق المنع ولم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن كل من ابي يوسف ومحمد انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا دلت على صيرورته مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار داخلا بلا ذكر كما يدخل في الاجارة بلا ذكر قوله ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع ولا يورث عنه يعني بعد صحته بشرطه وفي فتاوى قاضي خان رجل ارسا حة بلا بناء فيها امر قومه ان يصلوا فيها بجماعة قالوا ان امرهم بالصلوة ابدا او امرهم بالصلوة بجماعة ولم يذكر الابد الا انه اراد الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان امرهم بالصلوة شهرا او سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التأبيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا ان لا يصير مسجدا فيما اذا اطلق الا اذا اعترفت الورثة بانه اراد الابد فان بينته لا تقبل فلا يحكم عليهم بمنع ارثهم بالحكم الثابت ولو ضاق المسجد وبجنبه ارض وقف عليه او حانوت جاز ان يوخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل اخذ بالقيمة كرها فلو كان طريقا للعامة ادخل بعضه بشرط ان لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه ابي جعفر عن هشام عن محمد انه يجوز ان يجعل شئ من الطريق مسجدا او يجعل شئ من المسجد طريقا للعامة انتهى يعني اذا احتاجوا الى ذلك لاهل المسجد ان يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على القلب يجعلوا الباب او يحدثوا الباب بابا ولو اختلفوا انيظر ايهم اكثر ولاية لذلك لهم ان يهدموه ليبنوه وليس لمن ليس من اهل المحلة ذلك كذا لهم ان يضعوا الحباب ليغلقوا القناديل وليفرشوا الحصير كل ذلك من مال المسجد واما من مال الوقف فالفعل خير للمتولي الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس تتميم المسجد اذا اراد ان يبني حوانيت في المسجد او في بنائه لا يجوز له ان يفعل لانه اذا جعل المسجد مسكنا تسقط حرمة المسجد واما الحنانا فلانه تبع للمسجد قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه واستغني عن الصلوة فيه اهل تلك المحلة او القرية بان كان في قرية فخربت وحولت مزارع بقي مسجدا على حاله عند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ومالك والشافعي واحمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها الى وقف آخر لما روي ان عمر كتب الى ابي موسى لما نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل الى المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد وعند محمد يعود الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه عينه بقربة وقد انقطعت فينقطع

يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه استقاط منه فلا يعود الى ملكه وعندهما لكه عاد الى ملك الباني او الى ورثته

هو ايضا وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه وقنديله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميت فاندرس وعاد الكفن الى الملك

مالكه وهدى الاحصار اذا زال الاحصار فادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ما شاء واستدل ابو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم

خروج موضعها عن المسجدية والقرية الا ان لقائل ان يقول القرية التي عينت له هو الطواف من اهل الآفاق ولم ينقطع الحق عن ذلك بان

الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم على ان الايمان لم ينقطع من الدنيا راسا فقد كان المثل قيس بن ساعدة امثال فالاوجه انه لعدم تحقق سبب سقوط

الملك فيه لا يعود كالعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من اهل الدنيا الا لسبب يجب بتجدد الملك فما لم تحقق لم يعد واما ما قاس عليه من هدي

الاحصار فليس بلازم لانه لم يزل ملكه قبل الذبح وكفن الكفن باق على ملك لكه انما اباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى المستعير فيعود الى المعير واما الحصير

والقنديل فالصحيح من مذهب ابي يوسف انه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول الى مسجد آخر او بيعه فيتم المسجد للمسجد ولانه ما جعله مسجدا يتصل فيه اهل تلك

المحلة لا غير بل يصلي فيه العامة مطلقا اهل تلك المحلة وغيرهم واما استدلال احمد بما كتب عمر لا يفيده لانه يمكن انه امره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدلاله

بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الدرس اذا جعله حبيها في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع ان يركب يباع ويصرف

ثمنه الى صاحبه او ورثته كما في المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر لغزي عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاة ومنتسلا وقفا في محلة

ومات اهلها كلهم لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبواري انها لا تعود الى الوارث وبهذا نقل عن

الشيخ الامام الحلواني في المسجد او الحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه ليتفرق الناس عنه انه يصرف اوقافه الى مسجد آخر او حوض آخر واعلم انه تفرع على الخلاف

بين ابي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد بخراب المحلة والقرية وتفرق اهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته انه يبطل الوقف

ويرجع النقض الى بانيه او ورثته عند محمد خلافا لابي يوسف وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر لشيء البتة يخرج عن الوقفية

وكذا في حوض خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطة وكذا الرباط اذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بنى رجل على هذا الارض فالبناء

للباني واصل الوقف لورثة الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتامل بل عند الفتوى غير الواقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية

سئل الحلواني عن اوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي بيعها ويشتري بثمنها اخرى قال نعم ورأيت بهشام عن محمد انه قال اذا صار الوقف

بحيث لا ينتفع به المساكين فلا بأس ان يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا ينبغي ان لا يتوقف على قوله بل يرجع الى ملك الواقف وورثته بجهة تعطله او خراب

بلد او صار بحيث لا يشترى بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول وكذا للمتولي ان يبيع من تراب مسناته اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى

قاضي خان وقف على سمين خرب ولا ينتفع به لا يستاجر اصلا يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان اصله يستاجر بشيء قليل يبقى اصله وقفا انتهى ويجب حفظ

هذا فانه قد يخرب لدار وتدير كوباوي بحيث لو نقل نقضها استاجر ارضها من بنى او نجر بس ولو بقليل فيعقل عن ذلك تباع كلها للواقف مع انه لا يرجع

منها اليه الا النقض فان قلت على هذا تكون مسئلة الرباط التي ذكرناها مقيدا بها اذا لم تكن ارضه بحيث يستاجر قلنا الآن الرباط موقوف للسكنى

فامتنعت بهذا اما بخلاف هذه فان المراد وقف لاستغلال الجماعة المسمين ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ ثمنه في يد القائم

بامر الوقف الى ان يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف في ذلك كذا اذا يبس بعض اشجار الارض الموقوفة بيعها ولا يبيع من نفس الارض كذلك

ولا يبطل المستحقون شيأ من ثمن النقض ولا من عينه بوجه من الوجوه لانه لا حق لهم فيما سوى الغلة بل الحال ان لم يكن شراء شيء يستغل وتوفيرا انواع

قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا ليسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابى حنيفة رح لانه لو يتقطع عن حق العبد لانه يرى ان له ان يتفقد به فيسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكما لحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما فى الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لا يبقى له حق الانتفاع به فتخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابى يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رح اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه

الارض لبنى وقليلا فقليلا وحفظ العمارة بالبنى ولو خرب الكل وتعذر ان يشترى بثمنه مستغل ولو قليلا يرجع الى ملك الواقف قوله ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا ليسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابى حنيفة رح ولو سلمه الى متول لانه لم يقطع حقه عنه الا ترى انه ينتفع به فى الحال فله ان يسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت لتكون وصية فيلزم بعد الموت ولان يرجع عنه قبل موته على ما مر لما فى الوقف على الفقراء بل ولى لان الثابت فى كل منهما لفظ ينبئ عن الخروج عن الملك كما قدمناه فى وقفت وتصدقت وفى هذه الامور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه بخلاف المسجد لانه يشترط فى زواله عن ملكه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حكم الانتفاع فتخلص لله تعالى بلا حكم وعند ابى يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو اصله وقوله قول الائمة الثلاثة كما مر وعند محمد لا يزول حتى يستقى الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا فى المقبرة لان التسليم عنده شرط وتسليم هذه بما ذكرناه من سكناهم الخان والرباط الى آخره وكيفيتها يا لواحق فى التسليم الموجب لزوال الملك لتعذر فعل الجنس اى تسليم الكل على تقدير تسليمهم على هذا البير اذا احتفره والحوض يزول الملك اذا استقى منها واحد او شربت دابة ومن ذلك لو ادخل قطعة ارض له فى طريق المسلمين وجعلها طريقا يشترط فيه مرور واحد بانه على قول من يشترط القبض فى الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين يلزم بمرور واحد ولا يكون بناء بامير اتاه ولو سلم الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه اعنى السقاية والخان والرباط والمقبرة والبير والحوض لانه اعنى المتولى نائب عن الموقوف عليهم فيقبله اى تسليمه لهم اى تسليمهم وما فى المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصير بانه اى المسجد يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم البيع التسليم لانه متول له عرفا واختلف فى المقبرة قيل كالمسجد على القول بانه لا يكفى فى ازالة الملك عنه التسليم الى متول لانه لا متول له فلا يزول الملك لا بالدفن فيها وقيل كالسقاية فيصح التسليم الى المتولى قوله ولو جعل داره مقبرة او بيته سكنا للحاج والمعتمرين او جعل داره فى غير مكة سكنا للمساكين او جعلها فى ثغر من الثغور سكنا للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة فى سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها اى فى السقاية والمقبرة وفى الدار المسماة عنده بها للخروج عن ملكه بذلك لقدوره وهو قول الائمة الثلاثة بلا شرط الدفع الى المتولى كقول ابى يوسف وعند ابى حنيفة له ان يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه انه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع فى المحل الذى دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع فى المقبرة بعد الدفن لا يفتى بها لان النبش حرام ولكن يسوى ويزرع وبنا على غير رواية الحسن يفتى فى ذلك كله على خلاف قول ابى حنيفة لتعامل المتوارث بذا وتفارق المقبرة غيرها بانه لو كان فى المقبرة اشجار وقت الوقف كان للورثة ان يقطعوها لان موضعها لم يدخل فى الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء فى الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان فى عقار وقفه وخلت فى الوقف بتبعه لو نبتت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس ان لم يعلم فالرأى فيها للقاضى ان رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فلذلك فتكون فى الحكم كانها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض موات ليس لاحد فاتخذ بأهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو ان جلا غرس شجرة فى المسجد فهى للمسجد او فى ارض موقوفة على رباط مثلا فهى للوقف ان قال للقيم تعاهدها ولو لم يقل فهى له يبيعها لانه ليس له هذه الولاية فلا يكون غارسا للوقف ولو غرس فى طريق العامة او على شط النهر العام او شط الحوض القديم فهى للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها انبتت من عروقها اشجار فهى للغارس ولو بنى رجل فى المقبرة بيتا لحفظ اللبن ونحوه ان كان فى الارض سعة جاز ولو لم يرض بذلك اهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبرا فليس له ان يقبر فيه وان كان فى الارض سعة الا ان الاولى ان لا يفعل ان كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة فى المسجد او نزل فى الرباط فجاء آخر لا ينبغى ان يجر ثقل الاول ان كان فى المكان سعة وذكر الناطفى انه يضير

ويجب بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه رأسا في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم

قيمة الحنطة للجمع بين الحقين لا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة فلو كان فيها حشيش يحتش ويخرج الى الدواب لا يرسل الدواب فيها ثم في جميع ما ذكرنا من سكنى الخان ودار الغراة والسقاية والاستقاء من البير يستوي الغني والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فانها تحل للفقراء دون الاغنياء منهم قال الصدر الفارق فيه العرف فان الواقفين من اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشتمل الغني والفقير في الشرب والرزق لان الغني لا يقدر على استصحاب الشرب في كل مكان ولا على ان يشتري ذلك في كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب في الرباط ان يخص سكناه بالفقراء لان العرف على ان بناء الرابطة للفقراء وهذان فصلان في المتولي والموقوف عليه في المتولي

الفصل الاول في المتولي قالوا الاولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد وللمتولي ان يشتري بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى العمارة مستغلا ولا يكون وقفا في الصحيح حتى جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصبا او باذن المتولي بلا اجرة كان عليه اجرة مثله سواء كان ذلك معدا للاستغلال او غير معد له حتى لو باع المتولي دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر فابطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري اجرة مثله وللمتولي ان يستأجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك باجرة مثله او زيادة تتغابن فيها فان كان اكثر فلا اجازة له على الرفع من مال نفسه وليضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير ان ما اخذه من مال الوقف لا يحل له وله ان ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو ادخل جذعا من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي اذا انفق على الصغير وله ان يشتري من غلة المسجد وبها حصيرا واجرا وحصا لفرش المسجد ان كان الواقف وسع فعل الفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له ان يشتري ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله وليستدين على الوقف الا اذا استقبله امر لا بد منه فيستدين بامر القاضي ويرجع في غلة الوقف وذكر الناطفي وكذا له ان يستدين في انازاعة الوقف بعد زه بامر القاضي لان القاضي يملك الاستدانة على الوقف فصح بامره بخلاف المتولي لا يملكه والاستدانة ان لا يكون في يده شيء فيستدين ويرجع اما اذا كان في يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشترى ونقد الثمن من ماله ان رجع وليس له ان يرهن دار الوقف فان فعل فسكنها المرتهن ضمن اجرة المثل ولو انفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم انفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويبرأ عن الضمان ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل لو اجتمع مال للوقف ثم ثبت ما ثبته من الكفرة فاحتيج الى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة المسجد الجامع يجوز للحاكم ان يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله ان يبني على باب المسجد ظلة لدفع اذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته او ترميمه فلا والاصح ما قاله ظهير الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه الزيت والحصير ولا يؤخذ منه للزيتية والشرفات وليضمن ان فعل ومن وقف وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فاوصى الى رجل قالوا يكون وصيا وفيما هذا في قول ابي يوسف لان التسليم ليس بشرط فصح الوقف في حيوته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فاوصى لا يكون هذا الوصي قيما في الوقف قيم مسجد مات فاجتمع اهل المسجد على جعل رجل قيما لغير القاضي فقام وانفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشائخ في هذه التولية والاصح لا تصح بل القيم الى القاضي لكن لا يضمن ما انفق في العمارة من غلاته اذا كان اجر الوقف واخذ الغلة فانفق لانه اذا لم تصح ولايته غاصب والغاصب اذا اجر المغصوب كان الاجر له وتصدق به كذا في فتاوى قاضي خان وافاد ان المفتى به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقف على

والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قبل لانه لا متولي له عرفا وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيسلم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يسلم وان كان بخلاف العادة

ارباب معلومين فان لم ان نصبوا متوليا من اهل الصلاح لكن قيل الاولى ان يرفعوا امرهم الى القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان ان لا يفعلوا ويتركوهم وليس للمشرف ان يتصرف في مال الوقف بل وظيفة الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف والمتولي ان يفوض الى غيره عند موته كالوصي له ان يوصي الى غير عند موته الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولي ما لا مسمى لم يكن في ذلك ان يوصي الا بعد رفع الامر الى القاضي اذا تبرع بعمله ليفرض له اجر مثله الا ان يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضي ان يجعل للذي كان ادخله ما كان الواقف جعله للذي كان ادخله لان للواقف في هذا ما ليس للحاكم واذا اخذ المتولي من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث مسائل هذه احداها والثانية اذا اودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من اودع والثالثة القاضي اذا اخذ مال اليتيم واودع غيره ومات ولم يبين عند من اودع لا ضمان عليه اما لو كان القاضي اخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن لو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندي او النفقة عليه ومات لا يكون ضامنا اما لو مات قبل ان يقول ضمن وكذا المتولي دار الوقف ومات ولم يبين اين الثمن فانه يكون دينا في تركته وللناس ان يأخذوا المتولي بتسوية حائط الوقف اذا ال الى الملاكم فان لم يكن له غلة يرفع الى القاضي ليامر بالاستدانة لاصلاحها وله ان يبني قربة في ارض الوقف للاكره وحفاظها ويجمع فيها الغلة وان يبني بيوتا لستغلها اذا كانت الارض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها اصلح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في اقراض الفضل من مال الوقف قال ان كان احرز للغلة ارجوان يكون واسعا وله ان يوجد الوقف اجارة طويلة واكثرها بخوز ثلاث سنين وليس له ان قال الا ان كانت اصلها للوقف ولو زرع الواقف والمتولي ارض الوقف وقال زرعتها لنفسي قال المحققون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولي في هذا القصاص الارض وليس عليهما اجر مثل الارض ويقول القاضي له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به يامره بالاستدانة لذلك فان قال لا يمكنني يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لانفسنا لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو احق به ولا يخرجه عنه الا ان يكون غير مامون ذكر هذه المسئلة لفروعها في فتاوى قاضي خان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاف لان دوام اقل من ذلك لو عاد اليه عقله وبرا من علته عاد اليه النظر وللناظر ان يوكل من يقوم بما كان اليه من امر الوقف ويجعل له من جعله شيأ وله ان يعزله ويستبدل به ولا يستبدل ولو جن المنزل وكيله ويرجع الى القاضي في النصب لو خرج حاكم فيما فات او عزل فتقدم الخرج الى القاضي الثاني بان ترك القاضي اخرجه بلا حجة لا يدخله لان امر الاول محمول على السداد ولكن يكلفه ان يثبت عنده انه اهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل اعاده وكذا الوصي لفسق وخيانة فبعد مدة تاب الى الله واقام بينة انه صار اهلا لذلك فانه يعيده وليس على الناظر ان يفعل لا ما يفعله امثاله عن الامر والنهي بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للحملة باديهم فمثلنا قلنا لو عمي او طرش او خرس او فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهي والاخذ والاعطاء فالاجر الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على الفقراء ان يعطي قوامدة وله ان يقطعهم ويعطي غيرهم فكيف لا يدخل كنزة بحيث يحاصصونهم وفي وقف الخصاف ان حكم القاضي ان لا يعطى غير هذا الرجل لم يعط غيره وما لم يحكم بذلك له ان يعطي غيره ويحرمه لان في كل منهما تغيير شرط الواقف

وقد استبان صحة هذا الكلام كيف ما خرج بلا شروط حتى ظهرت في المسئلة المقبولة ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثاني في الموقوف عليه

وقف على زيد ثم على المساكين فمات زيد فهو للمساكين وكذا على زيد وعمرو فمات احدهما وظهر انه كان ميتا

ولو جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنا للمساكين او جعلها في ثغور من الثغور سكنى للغزاة والرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى الى يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان الغلة يحل للفقراء دون الاغنياء

للمساكين وكذا اذا ورد احبسنا من قبل بعد الرد لا يعود من اصل سنة ليس له ان يرد بعد ذلك ما لو قال لا اقبلها شهرا ثم قبل استوى ذلك فان لم يجز حصته من هذه السنة للباقي من اهل الوقف ثم يشاركونهم فيما بعدها ولو قبل سنين سماها ليس له ان يرد ما قبل بعدها وقوله على ولد فلان ابدا ما تناسلوا فرده الموجودون صار للفقراء فاذا جاء من بعدهم رجع من الفقراء اليهم الان يرده واحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل وتجعل من لم يقبل كما لو مات بخلاف ما لو اوصى لثلثة لولد عبد الله وكانوا يوم مات اثنين واحد فحصته لورثة الموصي في هذه مما افترق به الوصية والوقف افترق كراع وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يعمل رده في رد ما لو اوصى لاحياء اكانوا او كبارا او قف على ولده ثم للمساكين فلو لد صلبه يستوي فيه الذكر والانثى الا ان يخص صنفا ما دام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له كما شارك من دونه من البطون فان كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه اخذ هلال فمن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولو سمى ولدا لولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم المساكين اشترك الصلبيون واولاد بنيه واولاد بناته كذا اختاره هلال فالخصاف وصححه في فتاوى قاضي خان وانكر الخصاف رواية حرملة اولاد البنات وقال لم اجد من يقوم برواية ذلك عن اصحابنا وانما روى عن ابي حنيفة فيمن اوصى لثلثة لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكور واناث لصلبه يوم يموت الموصي كان بينهم فان لم يكن له الا اولاد لصلبه بل ولد ولد من اولاد الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات بحكمهم قاسوا على ذلك هذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق شمس الائمة بينها وبين هذه بان ولد الولد اسم لمن ولد ولده وبنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد ان ولد الولد يتناول ولد البنت عند اصحابنا لكن ذكر الصدر في الجنس ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الائمة مصدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة لكن رجح ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل لولد فلان كيت اوكذا ولو ابنه كلام الواقفين منسوب اليهم الى العرف فانما يحكم بخلاف ذا لم يكن كذلك كما يقال ولدت فلانة فانه يقال ولدت ذكرا او انثى فان هذا الاستفهام ظاهر في الذكر بخصوصه واذا عرف اختلاف قول الولاد بنات في اولاد اولاد فيجب فيما لو قال على الذكور من اولادي او اولاد اولادي من دخول ابن البنت على الخلاف ليدخل على ظاهر الرواية لا يدخل ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم اذا انقرض ولد الولد لاعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدي وولد ولدي وولد ولدي صرف الى اولاده ابدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان في نسله واحد وسيستوي الاقرب والابعد الا ان يترتب الوقف ولو قال اولادي بتربيب الوقف ولو قال اولادي بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذكر الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال لولدي واولادهم او لاولادهم قبل الوقف لا يدخلون مع اولادهم الموجودين لانه لما قال لهم صوت الى ولدي فانما اراد الموجودين وخص اولادهم بترجيح اليهم خاصة بخلاف اولادي واولاد اولادي لان موجب القصر على اولاد الموجودين فتدخل اولادهم الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال اولادي وهم فلان وفلان وفلان بعد الفقراء فمات احدهم الثلاثة اعطى نصيبه للفقراء الباقين لانه خوطب بخلاف ما لو قال فلان وفلان وفلان بل اولادي ثم الفقراء يصرف الكل للواحد ذا مات من هؤلاء ولو قال على بني وله ذكران صرف اليهما وان كان احدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان اقل الجمع اثنان فانما جعل مستحقا كلاهما اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف الآخر للفقراء لانه يشمل اولاده فانه ينصرف للواحد الكل الا ان يكون عرف في اولاده يخالف كل جمع لمادة غير كبني ونحوه المحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ الاولاد ولو قال لخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما لو اعطى نصيب الفقراء الواحد اجازه ابو يوسف لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود الجنس ومنع محمد للجهالة فاوجب اعطاء اثنين ومن ادخل البنات في قوله بني اخذا بقول هلال وعن ابي حنيفة اختصاص الذكور به قال بعض المشايخ في المسئلة روايتان وانتفى الوجه لدخول ما عرف في المتقول انتفى غاية ما قالوا المستحسن ان سوى على بني ادخل البنات قال في الخلاصة وبهذا نأخذ استحسانا وفي المحيط لو قال على ولدي ولد ولدي ولا يحصون فيما لا يحصون فيصح ان يقال هذه المرأة من بني يعني فتدخل المرأة بلا تردد ولو لم يكن له الا بنات صرفت الغلة للفقراء ولو خلف بناتي لا يدخل الذكور ثم المستحق من الولد كل من اولد كل حمل ذكر ثم حمل الغلة حال كونها في بطن امه حتى لو حدث حمل بعد حدوث الغلة باقل من ستة اشهر استحق ومن حدث الى تمامها فصاعدا لا يستحق لاحتمال ان يتيقن بوجود الاول في البطن عند خروج الغلة فيستحق ولو مات قبل القسمة

وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغيرذلك يستوى فيه الغنى والفقير والفارق هو العرف فى الفصلين فان اهل العرف يدينون بذلك فى الغلة الفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء

كان لغيره وهذا فى ولد الزوجة اما لو جاءت امه بولد لاقل من ستة اشهر فانه يعرف به ويستحق لانه منهم فى الاقرار على الغير يعنى بالاقل يستحقين بخلاف ولد الزوجة فانه حين لم يثبت النسب والولادة الا وقت ولد الواقف من غير تحمل وقت يكون نسبه الرجوع الى الزوج فجاءت بولد لستين من يوم وقف يستحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها عقيب الوقف بالتحمل ثم كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد ان كان نصيب الحمل لاحتمال انه من حمل حدث وخروج الغلة الى الجذاذ المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع منتفعا وما ذكره فى حياتى وقاضيخان هذا فى الحب خاصة وفى وقف الخصاف يوم طلعت الثمرة وينبغى ان يعتبر وقت اثمانه العاهة كما فى الحب لانه بالانعقاد يامن العاهة وقد اعتبر انعقاده واما على طريقة بلاد نا من اجارة ارض الوقف لمن يزرعها بالنصف يستحق على ثلاثة اقساط كل ربعة اشهر قسط فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى ثم وهو مخلوق استحق بهذا القسط ومن لا فلا وهذا كله بخلاف الوقف على اصاغر ولدى او العور منهم او العميان فان الوقف يختص بهم ويغير الصغير والعور والعميان يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف الوقف على مساكين البصرة مثلا وبغداد فغير ساكنى البصرة يوم الغلة هو الاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه لا يحتمل العود فغير وجوده يوم الوقف بخلاف الفقير وساكنى البصرة يحتمل العود بعد الزوال فلو قال من خرج سقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايامى على ان من تزوجت سقط سهمها فتزوجت بواحد ثم طلقت لا تعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقين فقد تنقض القسمة فى كل سنة فيعطى الغنى والفقير من الاولاد الا ان يعين المحتاجين من ولده فيلزم من ادعى الحاجة منهم الاعطاء لما لم يبينها عند القاضى ولو تعارضت بينة فقره وغناه حرم فقد بالبينة غناه لانها اكثر اثباتا وكل ولد لاقل من ستة اشهر من خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة فى البطن وولد الحمل يجعل نفقته الحامل فى مال من فى بطنها واستحق عند الخصاف لانه كان مخلوقا قبل مجئ الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ومن افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل فى وقف الخصاف رحمه الله ولو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى كل فقير يوم القسمة ولا نظر الى من كان فقيرا يوم الغلة ثم استغنى فاعطيه بخلاف ما لم يكن موجودا الا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا بل مما بعدها وكذا الوصى على عميان ولده ونحوه تعطى الحاجة الذى يصرف اليه من لا يدفع اليه الزكوة ولا يكون لاغنى رد الاستغلالها وان لم تعف غلتها بكفاية حتى يعيش ثمنها لو فضل منه اقل من نصاب بخلاف الدار التى يسكنها الخدمة وليس للمتولى على المتولى عليهم الدار سكنا بل الاستغلال كما ليس للمتولى على المسكن الاستغلال واعلم انه اذا ذكر اولادا وآخر جميع للغنى والفقير منهم الا ان يخص الفقراء كما ذكرنا واما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيتخصص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون او لا يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى وهى ذكر مصرفا يتوهم فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان فى لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا للناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون اغنيائهم فانتفى على هذه كما لو وقف على الرجال والنساء او المسلمين او على بنى فلان او على تميم او بنى هاشم لا يجوز شئ من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا مميز فى الاستعمال ونص الخصاف على ان الوقف على الزمنى والعميان والعور ان باطل من قبيل انه ينتظم الغنى والفقير وهم لا يحصون وكذا على استماع القرآن وعلى الفقهاء وقال على اصحاب الحديث او الشعر كل ذلك باطل لما ذكرنا والذى يقتضيه الضابط الذى ذكر شمس الائمة انه يصح على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء واهل الحديث ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعمالا الا ان يعين او الا يستغنى بالعلم عن الكسب فيغلب فيهم الفقر فقد صرح فى الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة والسلامة المذكورة فى آخر فصل المسجد من الهداية ليفيد ذلك وهى ما اذا جعل غلة ارضه وقفا على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير وهم لا يحصون غير انه لشعوره بالحاجة ونص فى وقف هلال على جوازه على الزمنى ويدفع لفقرائهم ويصح فى وقف الخصاف لفقراء الوقف على اراذل بنى فلان ولانه لكل رملة كانت يوم الوقف او حدث سواء كن يحصين اولا وهو للفقراء منهن اذا كانت بالغة فمن اعطى منهن

لان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله اعلم بالصواب

اجزاءه والارضة المستغرقة كل بالغة كان للمازوج وطلقها اومات دخل لغواني الايامي فاذا وقف على ايامي بني فلان و بعدهن للمساكين او ايامي قرابتي ان كن كحصين فلوقف جائز وغايته للغنية وللفقير لا يحصين لم يخرج الوقف فيكون للمساكين الايم المستحقة كل انثى حوصنت ولو يعجز وللمازوج لما بالغة اولا ولو قال على كل ثيب من بني فلان او من قرابتي وان كن يحصين جاز لان وكل من يحدث منهن وان كن لا يحصين في وقت قسمة من القسم فهو باطل وغلته للمساكين والثيب كل من جومعت ولو يعجز وللمازوج اولا وان لم تبلغ ولا بكارة ازالها بنو فلان فان كن يحصين فهو لمن لم يحدث ابدا وان كن لا يحصين كالوقف عليهن باطل وهو للمساكين والبكر من لم تجامع وان كانت العذرة زائلة وفي كل ما لا يحصى منهن ممن ذكرنا انه لا يصح معه الوقف لو قيد فقال للفقراء منهن جاز ومن اعطى اجزاءه كالوقف على الاقارب وقف على اهل بيته ثم للمساكين دخل الغني والفقير ممن ينا سبه الى الاب الذي ادرك الاسلام اسلم ذلك الاب اولا ممن كان موجودا حالة الوقف او حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لاقل من ستة اشهر من مجيء الغلة ولو كانوا متفرقين لقوم او كفار انسيين ولا يدخل في ذلك الاب ويدخل ابو الواقف واجداده وولده لصلبه واولاد الذكور منهم وان سفلوا ولا يدخل ابناء البنات من ولده الا اذا كان اباهم ممن ينا سبه الى ذلك الجد الذي ادرك الاسلام وقوله ينا سبه الى ميت ساعة الاداء الغلة اذا كان آباؤهم من قوم آخرين وقوله على الى وعلى كاهل بيتي ولا تخص الفقراء الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيرا وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف لا يعطى من كان غنيا فافتقر على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن ينا سبه الى اقصى اب في الاسلام من قبل ابيه والى اقصى اب له في الاسلام من قبل امه لكن لا يدخل ابو الواقف ولا اولاده لصلبه وفي دخول الجد روايتان وظاهر الرواية لا يدخل ويدخل اولاد البنات واولاد العمات والخالات والاجداد والاعلون والجدات وحمي وارحامي وكل ذي نسب مني كالقرابة وعلى عيالي يدخل كل من كان في عياله من الزوج والولد ومن كان يعوله من ذوي الرحم وغيرذوي الرحم واذا عرف هذا فلو قال على اهل بيتي فاذا انقرضوا فعلى قرابتي فهو صحيح وتصرف لبدء هم لمن ينا سبه من قبل ابيه ولو عكس فقال على قرابتي واذا انقرضوا فعلى اهل بيتي لم يصح ومثله لو قال على اخوتي فاذا انقرضوا فعلى اخوتي لابي وللاخوة متفرقون او بعد انقراض الكل لا يبقى الخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى حيرانه يجوز ثم هم عند ابي حنيفة رحمه الله الملاصقون فهو يجمع من في كل دار ملاصقة من الاحرار ولو كانوا اهل ذمة والبعيد بالسوية قربت الابواب او بعدت وعن ابي يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة او مسجد واحد فان جمعتهم محلة واحدة وفرقوا في مسجدين في محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدا وكان مسجد عظيم جامع فكل اهل مسجد حيران دون الآخرين وقال محمد هم الملاصقون السكان سواء كانوا مالكين للدار اولا وسياتي بقية هذا في الوصايا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف في الجار يبطل حقه من الوقف +

للفقراء

قد تم المجلد الثاني من فتح القدير ويتلوه المجلد الثالث بعون الله العلي الكبير